

تأليف

الإمام النظار المؤيد بالله أحمد بن الحسين الهاروني الحسني
رحمه الله

تحقيق

محمد يحيى سالم عزان　　حميد جابر عبيد

الجزء الرابع




شرح
التجريد
في فقه الزيدية

الطبعة الأولى

١٤٢٧هـ / ٢٠٠٦م



مركز التراث والبحوث اليمني

صنعاء - الجمهورية اليمنية

هاتف: ٢٠٥٤٧٠ فاكس: ٢٠٥٤٥١

بريد إلكتروني: YemenHRC@y.net.ye

Yemen Heritage and Research Center

7918 Jones Branch Dr., Suite 600

Mclean, VA 22102 USA

Tel :(703) 918 4924 Fax (703) 918 4925

البريد الإلكتروني: yhrc@YemenHRC.org

WWW.ymnhrc.org



كتاب

سيبويه

بسم الله الرحمن الرحيم

الحمد لله الذي أحل البيع والشراء، وأرفق بهما جميع الورى، وحرم الغصب والربا، وصلى الله على النبي المصطفى، محمد وآله أئمة الهدى، وسلم تسليماً.

باب القول فيما يصح أو يفسد من البيوع

مسألة: في بيع الشيء قبل قبضه

من اشترى شيئاً، ثم باعه قبل القبض، كان البيع فاسداً، ولو كان المبيع عبداً فأعتق، كان العتق مردوداً.

وهذا منصوص عليه في (الأحكام)[١]، وبه قال أبو يوسف، ومحمد، والشافعي، أعني فساد ما لم يقبض في جميع ما يملك بالبيع. وقال أبو حنيفة بذلك، إلا في العقارات والأرضين. قال أبو الحسن الكرخي: قول أبي يوسف مثل قول أبي حنيفة. وحكي عن مالك إجازة ذلك إلا في الطعام.

والأصل فيما ذهبنا إليه: ما أخبرنا به أبو بكر المقري قال: حدثنا الطحاوي، قال: حدثنا محمد بن عبد الله بن ميمون، قال: حدثنا الوليد بن مسلم، عن الأوزاعي، عن يحيى بن أبي كثير، قال: حدثني يعلى بن حكيم بن حزام، أن أباه سأل النبي - صلى الله عليه وآله وسلم - فقال: إني أشتري بيوعاً فما يحل لي منها؟ قال: «إذا اشتريت بيعاً، فلا تبعه حتى تقبضه»[٢].

وفي /٥/ حديث زيد بن علي، عن أبيه، عن جده، عن علي - عليهم السلام - قال: «نهى رسول الله - صلى الله عليه وآله وسلم - عن ربح ما لم يضمن، وعن بيع ما لم يقبض»[٣]. فكان ذلك عاماً في جميع ما يباع - طعاماً كان أو غيره - تأتّى فيه النقل، أو لم يتأتَ.

---

(١) انظر: الأحكام ٢/٥٧.

(٢) أخرجه الطحاوي في شرح معاني الآثار ٤/٤١.

(٣) المسند كتاب البيوع، باب ما نهي عنه من البيوع.

فإن قيل: فقد قال الله تعالى: ﴿ وَأَحَلَّ اللَّهُ الْبَيْعَ وَحَرَّمَ الرِّبَا﴾(البقرة ٢٧٥)، فهو عام في جميع البيوع إلا ما قام دليله.

قيل له: نخص الآية بالخبر، ونبنيها عليه؛ لأنه أخص، ولأنه يتناول موضع الخلاف على التعيين، فهو أولى.

فإن قيل: خبركم يتناول ما يصح فيه القبض الحقيقي، والدور والعقار لا يصح فيها القبض الحقيقي؛ لأن القبض الحقيقي لا يكون إلا بالنقل والتحويل، وذلك لا يتأتى في الدور والعقار.

قيل له: هذا الذي ذكرتموه فاسد؛ لأن القبض لا يقتضي النقل والتحويل، ألا ترى أن من اشترى ثوباً بين يديه، فخلى البائع بينه وبينه بحيث يمكنه الانتفاع به، يكون قد قبضه، وإن لم ينقله؟

على أنه لا خلاف بيننا وبين أبي حنيفة أن الرهن لا يصح إلا بأن يكون مقبوضاً، ورهن الدور والعقار صحيح، فلولا أن القبض /٦/ يتأتى فيها، كان رهنها لا يصح، وكذلك عنده أن الهبة لا تصح إلا بالقبض، وهبة مالا ينقل عنده صحيحة، فلولا أن القبض فيه قد حصل، لم تكن تصح هبته، وكذلك من اشترى أرضاً، أو داراً، فلا خلاف أن المطالبة بتسليمها واجبة ما لم يقبضها، فكل ذلك يدل على فساد قولهم إن القبض الحقيقي فيه لا يصح.

فإن قيل: أردنا بالقبض ما تقتضيه اللغة، دون ما أشرتم إليه.

قيل له: لا معتبر في مثل ذلك بما يقتضيه أصل اللغة؛ لأن العرف الحاصل أقوى منه، والأولى أن يحمل عليه خطاب الله تعالى، وخطاب رسوله – صلى الله عليه وآله وسلم – دون أصل اللغة، كما نقول ذلك في الأسماء المنقولة؛ على أن القبض الذي هو قبض في أصل اللغة هو أن تحيط الأصابع والراحة بالشيء، وذلك لا يتأتى في أكثر الأشياء، فبان بذلك كله صحة ما ذهبنا إليه، وأن الواجب في الخبر أن يُحمل على ما يقتضي العرف أنه قبض.

ويدل على ذلك ما أجمعنا عليه من أن بيع الطعام قبل القبض لا يجوز، وكذلك لا خلاف بيننا وبينه في سائر الأشياء التي يصح فيها النقل والتحويل، أن بيعه قبل القبض لا يجوز، فكذلك ما اختلفنا فيه؛ لأنه سلعة لم يقبضها المشتري، فوجب ألا يجوز بيعها[1]، ولا يعترض ذلك الدنانير التي في الذمة قبل القبض؛ لأنها ليست من جملة السلع، بل هي من الأثمان، وأيضاً ما يصح فيه النقل والتحويل، لم يجز بيعه قبل القبض؛ لأن تمام البيع الأول موقوف على القبض؛ ألا ترى أن حق التسليم بعدُ باق؟ وهو من كمال العقد وتمامه، فيجب على هذا ألاَّ يجوز البيع قبل القبض فيما لا يجوز فيه النقل والتحويل لما ذكرناه، وليس يعترض ذلك حق استيفاء الثمن؛ لأنه ليس من تمام العقد؛ ألا ترى أن الإبراء منه يصح من البائع مع ثبوت العقد؟ وليس كذلك حق التسليم، فعُلم أنه من تمام العقد.

ويمكن أن يقال: إن العلة في المنع من بيع ما لم يقبض، طعاماً كان أو غيره، أنه سلعة مضمونة على البائع، بعقد البيع فوجب ألا يجوز بيعه قبل القبض، ولا يلزم عليه ضمان الغصب، ولا ضمان العارية إذا اشترط فيها ذلك؛ لأن كل ذلك مما لا يصح أن يقال فيه: إنه مضمون على البائع بعقد البيع.

فإن قيل: فأنتم تمنعون جواز بيع الخمس، أو الصدقة حتى تقبض، وهما لا يصح أن يقال إنهما[2] مضمونان على البائع بعقد البيع.

قيل له: هذا وجود الحكم ولا علة، ونحن بيَّنا أن ذلك لا يوجب القبض[3]، فما ذكرتموه ليس بنقض.

فإن قيل: إن ما ينقل لا يجوز بيعه قبل القبض؛ لأنه لا يؤمن فيه فساد العقد بتلف المبيع، وهذا غير موجود في العقار.

قيل له: هذه العلة لا تنافي علتنا، فلا ضرر علينا منها، على أنه لا يمتنع أن نقول:

---

(١) سقط من (أ) بيعها.

(٢) في (أ): هما.

(٣) في (أ) وهامش (ب): لا يوجب النقص فيما ذكرتموه ليس بنقص.

إنه يجوز أن ينتقض بيع العقار بانهدام /٧/ البناء القائم؛ وذكر أبو عبد الله البصري في (شرح مختصر الكرخي) أن البيع فيه ينتقض على قول محمد، وحكي عن أبي الحسن الكرخي أنه لا نص فيه عن أبي حنيفة، فلا نسلم لهم الوصف، وليس لهم أن يقولوا: إنه يجب ألاَّ يفسد البيع بانهدام العلو؛ لجواز الانتفاع بالقرار؛ ألا ترى أنه لا خلاف في أن الشاة لو ماتت قبل القبض لا ينتقض البيع فيها، وإن كان الانتفاع بصوفها جائزاً عندنا وعندهم، وكان الانتفاع بجلدها أيضاً جائزا عندهم؟ فما كان معظم الانتفاع، أو ما هو جار مجرى المعظم، قد بطل.

فإن قاسوه على المهر، أو جعْل الخلع، أو الصلح[1] عن دم العمد؛ بعلة أنه يؤمَن فساد عقده بتلفه، فهو غير مسلم في الفرع على ما بيناه، على أنا لسنا نحفظ عن أصحابنا إجازة بيع المهر، أو جعل الخلع، أو الصلح[2] عن دم العمد، قبل القبض، والأقرب على أصولهم أنه لا يجوز، فصار الحكم في الأصل غير مسلم، فلا يصح اعتمادهم عليه.

فأما ما كان يذهب إليه مالك من أن ذلك خاص في الطعام، فلا معنى له؛ لأن ما اعتمدناه من الخبر عام في الجميع، فلا وجه لتخصيص الطعام.

فإن قيل: فقد روي أنه – صلى الله عليه وآله وسلم – نهى عن بيع الطعام قبل القبض[3]. والخاص أولى.

قيل له: إنما يقال: إن الخاص أولى إذا كان وروده ينافي الحكم الذي ورد به العام، فأما إذا لم ينافه، فلا وجه لذلك؛ لأنه يكون ذكر بعض ما اشتمل عليه العموم، وهذا لا يمنع من التعلق بالعموم؛ وروي في ذلك: ما أخبرنا به أبو بكر المقري، قال: حدثنا الطحاوي، قال حدثنا ابن أبي داود، قال حدثنا أحمد بن خالد، قال: حدثنا ابن إسحاق، عن أبي الزناد، عن عبيد بن حنين، عن ابن عمر، عن زيد بن ثابت أن

---

(١) في (أ): والصلح.

(٢) في (أ): والصلح.

(٣) أخرجه ابن حبان ٣٥٣/١١ عن جابر، و الدارمي ٣٢٩/٢، والبيهقي ٣٤٨/٥ عن ابن عمر.

رسول الله - صلى الله عليه وآله وسلم - نهى أن تباع السلعة حيث تبتاع حتى يحوزها التجار إلى رحلهم. فعم بذلك الطعام وغيره[١].

ويؤكد ما ذهبنا إليه أنه - صلى الله عليه وآله وسلم - نهى عن ربح ما لم يضمن[٢]. وما روي من قوله: «لا تبع ما ليس عندك»[٣]. فكل ذلك يصحح ما ذهبنا إليه، على أن العلل التي ذكرناها تحج مالكاً، كما تحج أبا حنيفة.

وقلنا: إن المبيع لو كان عبداً فأعتق، كان العتق مردوداً، والمراد لو أعتقه المشتري الثاني؛ لأن شراءه وقع فاسداً، لأنه اشترى ما لم يقبضه بائعه[٤] على ما سلف القول فيه، وهذا يكون إذا أعتقه المشتري، وهو لم يقبضه؛ لأنه نص في الأيمان من (المنتخب)[٥] على أن من حلف ألا يبيع ولا يشتري، فباع بيعاً فاسداً يجوز فيه العتق أو الهبة، أنه يحنث؛ فدل ذلك على أنه يوجب ثبوت الملك بالقبض في البيع الفاسد، وبه قال أبو حنيفة وأصحابه، ويأباه الشافعي.

ووجهه: أن البائع يستحق البدل على المشتري بتسليطه عليه عن عقد، فأشبه البيع الصحيح؛ ألا ترى أنه لما ملك عليه البدل - وهو الثمن - لتسليطه عليه عن عقد، وجب أن يملكه المشتري؟

وليس لهم أن يقولوا: إنه لا تأثير للتسليط في البيع الصحيح[٦]؛ لأن البائع يملك

---

(١) أخرجه الطحاوي في شرح معاني الآثار ٣٨/٤ - ٣٩، وفيه عن ابن عمر قال: ابتعت زيتاً بالسوق، فلما استوجبته لقيني رجل فأعطاني به ربحاً حسناً، فأردت أن أضرب على يده ،فأخذ رجل من خلفي بذراعي ، فالتفت إليه فإذا هو زيد بن ثابت فقال: «لا تبعه حيث ابتعته حتى تحوزه إلى رحلك فإن رسول الله صلى الله عليه وسلم نهانا أن نبيع السلع حيث نبتاع حتى تحوزها التجار إلى رحالهم».

(٢) أخرجه عن عبد الله بن عمرو بن العاص: الحاكم ٢١/٢، والترمذي ٥٣٥/٣، والبيهقي ٢٧٦/٥، والنسائي ٤٣/٤، وابن ماجة ٧٣٧/٢.

(٣) أخرجه البخاري ٧٥١/٢ عن ابن عباس ، والحاكم ٢/ ٢١ عن عبد الله بن عمرو، والترمذي ٥٣٤/٣، والنسائي ٣٩/٤، وأبو داود ٢٨٣/٣ عن حكيم بن حزام.

(٤) سقط من (أ) بائعه.

(٥) انظر: المنتخب ١٧٨.

(٦) في (أ): بصحيح، ألا ترى أنه لما ملك عليه؛ لأن البائع.

الثمن قبله؛ لأن ذلك لا يستقر إلا بعد التسليط، فصح تأثيره، وليس لهم أن يمنعوا من /٨/ وجود الوصف في الفرع؛ لأنه لا خلاف أن من اشترى شراءً فاسداً، وقبض المشتري، فتلف في يده، أن بائعه يستحق عليه البدل الذي هو القيمة؛ يوضح ذلك أن النكاح الفاسد لا حكم له في الانفراد، ثم إذا اتصل به الوطء، صار في حكم الصحيح، وصار الواطئ في حكم المالك للبضع؛ ألا ترى أنه لو وطئها مراراً، لم تستحق إلا مهراً واحداً، وصار الوطء الثاني وما بعده في حكم الوطء الواقع في ملكه؟ فكذلك الوطء في البيع الفاسد.

فإن قيل: فقد ثبت أن القبض المنفرد عن العقد لا يوجب التمليك، فكذلك العقد المنفرد عن القبض قد ثبت أنه لا يوجب التمليك، فوجب ألا يوجب ذلك اجتماعهما.

قيل له: لا يمتنع أن يكون الشيئان لا يوجب كل واحد منهما أمراً على الانفراد، وإن أوجباه إذا اجتمعا[١]؛ ألا ترى أن النكاح الفاسد لا يوجب مهراً إذا انفرد عن الوطء، وكذلك الوطء إذا تجرد، وإن اجتمعا أوجبا المهر؟ فكذلك الإيجاب في البيع لا يوجب الملك إذا انفرد، والقبول أيضاً إذا انفرد عن الإيجاب، لم يوجب الملك، وإذا اجتمعا، أوجبا، فبان سقوط اعتراضهم بهذا.

فإن قيل: فلو باعه بما لا يصح تملكه على وجه من الوجوه، ثم قبضه، لم يُملك، وهذا ينقض ما اعتمدتموه.

قيل له: هذا ساقط من وجهين: أحدهما: أنا لا نسلم أن ذلك عقد بيع؛ لأن البيع بما لا يصح تملكه على وجه من الوجوه غير معقول، فاسم عقد البيع لا يتناوله.

والثاني : أنه لا يجب أن يكون ما يقبضه على ذلك مضموناً عليه عندنا، وقد ذكر أبو بكر الجصاص في (شرح المختصر) أن ذلك غير محفوظ عن أصحابهم، وأنه لا يمتنع[٢] أن يقال: إنه غير مضمون عند أصحابهم، فأما على قولنا، فهو الأظهر؛ لأن أصحابنا لا يُضَمِّنونَ مَن قَبضَ الشيء للسوم إذا لم يجرِ فيه عقد على وجه من الوجوه.

---

(١) في (أ): امتنعا.

(٢) في (أ): يمنع.

ويشهد لما ذكرناه الهبة على عوض فاسد، والإجارة الفاسدة على العمل؛ ألا ترى أنه يستحق به الأجرة على العمل، كما يستحق بالإجارة الصحيحة على العمل؛ ويشهد له أيضاً وقوع العتق بالكتابة الفاسدة.

مسألة: في بيع الصدقة والخمس قبل القبض

قال: فإن قبضه، ثم تركه عند بائعه رهناً، أو وديعة، ثم باعه، كان[1] البيع جائزاً، وكذلك لا يجوز بيع الصدقة، ولا الخمس قبل القبض.

وجميعه منصوص عليه في (الأحكام)[2].

ووجه قولنا: إنه إن كان قبضه، ثم تركه عند بائعه رهناً، أو وديعة، جاز فيه البيع، أنه قد حصل مقبوضاً، وصار مضموناً له، فسبيله سبيل ما يودع، أو يرهن عند غير بائعه، في جواز البيع؛ لأنه لا فرق بين البائع وبين من سواه في هذا الباب، على أنه مما لا أحفظ فيه خلافاً.

وقلنا: إن بيع الصدقة، والخمس، لا يجوز قبل القبض؛ لعموم ما روي أنه - صلى الله عليه وآله وسلم - نهى عن بيع ما لم يقبض.

وفي حديث زيد بن علي، عن أبيه، عن جده، عن علي - عليهم السلام - قال: «نهى رسول الله - صلى الله عليه وآله وسلم - عن بيع الصدقة حتى تقبض، وعن بيع الخمس حتى يحاز»[3].

ولأنه لا يملكه إلا بالقبض، فأشبه بيع الحيتان /٩/ في النهر في أنه لا يجوز بيعها.

فإن قيل: فإذا كنتم تُجوزون بيع مالا يملكه الإنسان، وتوقفون على إجازة رب المال، فهلاَّ قلتم ذلك في بيع الخمس والصدقة؟

---

(١) في (أ): فإن.
(٢) انظر: الأحكام ٢/٥٧، ٣٩.
(٣) المسند كتاب البيوع، باب ما نهي عنه من البيوع.

قيل له: أما الخمس، فليس له مالك معين، فيكون بيع من يبيعه[١] موقوفاً على إجازته؛ لأن ملكه يستقر لمعين بالقبض، والصدقة لا تكون ملكاً لمالكها حتى يقبضها المتصدق[٢] عليه، وإنما سمي صدقة على سبيل التوسع، فلو باعه بائع، فأجازه مالكه، خرج عن حكم الصدقة، وصار بمنزلة سائر ما يوقف على إجازة مالكه، فلم يجب أن يكون ما سألوا عنه لازماً على ما بيناه، فسقط التعلق به.

مسألة: في بيع أمهات الأولاد

قال: ولا يجوز بيع أمهات الأولاد على وجه من الوجوه، سواء وضعت للتمام، أو لغير تمام، بعد أن وضعت مضغة أو نحوها.

ما ذكرناه من أن بيعهن لا يجوز منصوص عليه في (الأحكام) و(المنتخب) [٣]، وهو قول القاسم - عليه السلام -.

وما ذكرناه من أنها لو وضعت لغير تمام بعد أن تكون مضغة أو نحوها[٤] منصوص عليه في (المنتخب) [٥].

وما ذهبنا إليه من منع بيعهن هو قول عامة الفقهاء، وهو ما أجمع عليه في الصدر الأول.

وذهبت الإمامية إلى أن بيعهن جائز، وبه قال الناصر - عليه السلام - وروي القولان جميعاً عن أمير المؤمنين - عليه السلام - رواه عنه زيد بن علي، عن أبيه، عن جده، عن علي - عليهم السلام -[٦]، مثل قول الإمامية.

وروى لنا أبو العباس الحسني مثل قولنا عنه - عليه السلام - قال أبو العباس الحسني: أخبرنا محمد بن الحسين بن علي العلوي المصري، قال: حدثنا أبي الحسين

---

(١) في (أ): باعه.
(٢) في (أ): المصدَّق.
(٣) انظر: الأحكام ٤٦. المنتخب ٢٢٥.
(٤) في (أ): غيرها.
(٥) في (أ): في الأحكام والمنتخب، ولكنه لم يذكره في الأحكام ، وهو في المنتخب ٢٢٥.
(٦) المسند كتاب البيوع، باب بيع المدبر وأمهات الأولاد.

- يعني أخا الناصر - قال: حدثنا زيد بن الحسن بن زيد بن عيسى بن زيد بن علي، عن أبي بكر عبد الله بن أبي أويس، عن حسين بن عبد الله بن ضميرة، عن أبيه، عن جده، عن علي - عليه السلام - أنه كان يقول: «لا تباع أم الولد».

والأصل في ذلك: ما أخبرنا به أبو العباس الحسني (قال: أخبرنا)[1] أحمد بن سعيد بن عثمان الثقفي، قال: أخبرنا أحمد بن سعيد الدارمي، قال: حدثنا يزيد بن هارون، عن شريك، عن حسين بن عبد الله بن عبيد الله بن العباس بن عبد المطلب، عن عكرمة، عن ابن عباس، قال: ذُكرتْ مارية أم إبراهيم عند رسول الله - صلى الله عليه وآله وسلم - فقال: «أعتقها ولدها، وإن كان سقطاً»[2]. فدل ذلك على أنها تصير حرة بنفس الولادة، وهذا صريح مذهبنا.

فإن قيل: فأنتم لا تثبتون عتقها في حال الولادة.

قيل له: لا يمتنع[3] أن يكون /١٠/ الموجب للعتق هو الولادة، وإن وجب أن يراعى لتمامه شرط آخر؛ ألا ترى أن المكاتَب يُعتق بالكتابة، وإن كان أداء المال شرطاً في تمام العتق.

فإن قيل: فإنه - صلى الله عليه وآله وسلم - قال: «أعتقها ولدها». وقد علمنا أن الولد لم يكن منه الإعتاق، فلم يكن للخبر ظاهر.

قيل له: لا وجه للخبر غير إعتاقها بالولادة؛ ألا ترى إلى قوله: «وإن كان سقطاً»؟ والسقط لا يكون منه الفعل، فبان أن الغرض فيه ليس أنه فعَلَ إعتاقها، وأن المراد أنها تُعتق بولادتها له.

فإن قيل: فإذا تأولتم الخبر على وجه لا يقتضيه الظاهر، فلنا أن نتأوله على وجه آخر، وهو أن نقول: إنها تعتق بعتق الولد، إذا مات الوالد، وبقي الولد.

---

(١) سقط من (أ) ما بين القوسين.

(٢) أخرج نحوه البيهقي ٣٤٦/١٠، والدارقطني ١٣١/٤ - ١٣٢عن ابن عباس.

(٣) في (أ): يمنع.

قيل له: هذا التأويل ساقط من وجهين:

أحدهما: أن إبراهيم بن النبي - صلى الله عليه وآله وسلم- مات قبل النبي - صلى الله عليه وآله وسلم - فلا يجب على هذا حصول عتقها، وقد قال - صلى الله عليه وآله وسلم -: «أعتقها ولدها».

والوجه الثاني : أن قوله: «ولو كان سقطاً». يدل على أن المراد به غير ما تأولتموه.

وأخبرنا أيضاً أبو العباس الحسني - رضي الله عنه - قال: أخبرنا عبد الرحمن بن الحسين الأسدي قاضي همدان، قال: أخبرنا إبراهيم بن الحسين المعروف بابن[١] ديزيل قال: حدثنا محمد بن إسماعيل الجعفري من ولد الطيار صلوات الله عليه قال: حدثني عبد الله بن سلمة بن أسلم، عن الحسين بن عبد الله بن عبيد الله الهاشمي، عن عكرمة، عن ابن عباس قال: قال رسول الله - صلى الله عليه وآله وسلم - لأم إبراهيم: «أعتقها ولدها»[٢].

ويدل على ذلك: *ما أخبرنا* به أبو العباس الحسني، قال: أخبرنا الحسين بن عبد الله بن عبد الحميد البجلي الهمداني، قال: حدثنا أبو بكر أحمد بن محمد بن أحمد بن زيد الواسطي، قال: حدثنا أبي، وعمي علي بن أحمد، قالا: حدثنا محمد بن صبيح، قال: حدثنا عبد الله بن خراش، عن العوام بن حوشب، عن عكرمة، عن ابن عباس، قال: قال رسول الله - صلى الله عليه وآله وسلم -: «إذا ولَدتْ جارية الرجل منه، فهي له متعةً حياتَه، وإذا مات، فهي حرة»[٣]. وهذا صريح مذهبنا.

وروي عن الثوري، عن الإفريقي، عن مسلم بن سنان، عن ابن المسيب قال: أمهات الأولاد لا يُبعن، ولا يجعلن من الثلث، قضى بذلك رسول الله - صلى الله عليه وآله وسلم -. ذكره الجصاص في كتابه[٤]. وروى أيضاً بإسناده عن خوات[٥]

---

(١) في (أ): أخبرنا ابن ديزيل.

(٢) أخرجه علي بن بلال في شرح الأحكام (مخطوط).

(٣) أخرج البيهقي نحوه في السنن ٣٤٤/١٠، والدارقطني في السنن ١٣٢/٤عن ابن عباس.

(٤) أخرجه البيهقي نحوه عنه في السنن ٣٤٤/١٠.

(٥) في (أ): حوات.

بن جبير، عن النبي - صلى الله عليه وآله وسلم - المنع عن بيعهن[١].

ويدل على ذلك ما روي عن عبيدة السلماني، عن علي - عليه السلام - قال: اجتمع رأيي، ورأي عمر، في جماعة المسلمين على عتق أمهات /١١/ الأولاد[٢]، ثم رأيت أن أرقهن، فأخبَر أن الإجماع حصل على ذلك.

وروى أبو العباس الحسني - رضي الله عنه - في كتاب (الإبانة) بإسناده، عن الشعبي، عن علي - عليه السلام - قال: «استشارني عمر في بيع أمهات الأولاد، فرأيت أنا وهو إذا ولدت، عتقت، وقضى به عمر حياته، وعثمان بعده، فلما وَليتُ الأمر من بعدهما، رأيت أن أرقهن»[٣].

فإن قيل: هذا [يعترض] عليكم من وجهين: أحدهما : أن فيه ما يدل على أنهما لم يحفظا فيه النص عن النبي - صلى الله عليه وآله وسلم -.

والثاني: أن علياً - عليه السلام - ذكر رجوعه عنه، وعندكم أنه لا يجوز أن يخالَف.

قيل له: أما الأول، فلا معترَض به؛ لأنه لا يجب في كل حال أن يكونا قد عرفا جميع النصوص الواردة عن النبي - صلى الله عليه وآله وسلم - ويجوز أن يكونا قد عرفا النص، فاشتبه عليهما المراد، فأجمع الرأي منهما ومن المسلمين على مراده - صلى الله عليه وآله وسلم - بالخبر، فانتهوا إليه.

وأما الثاني، فلا معنى له؛ لأن علياً - عليه السلام - لا يجوز أن يخالف إجماع المسلمين، فيجوز أن يكون لكلامه - عليه السلام - تأويل، وهو أحد الوجهين: إما أن يكون مراده إني رأيت أن أبين بقاء رقهن؛ لئلا يظن الناس أن المراد بقوله: «إنهن عتقن» العتقَ البتات؛ فيكون كلامه - عليه السلام - كالتفسير لما أجمعوا عليه من قبل.

---

(١) ورواه عنه البيهقي ٣٤٥/١٠، والدارقطني ١٣٣/٤، والطبراني في الكبير ٢٠٤/٤.

(٢) أخرجه البيهقي ٣٤٤/١٠.

(٣) في (أ): أرقها. والحديث أخرجه البيهقي في السنن الكبرى ٣٤٣/١٠.

فإن قيل: فقد روي في بعض الأخبار «ثم رأيت أن أبيعهن».

قيل له: يجوز أن يكون هذا لفظ الراوي الذي سمع قوله: «أرقهن» فتأول فيه حقيقة الاسترقاق، فعبر عنه بحكمه، وهو جواز البيع؛ لأن أكثر من روى هذا الحديث روى بلفظ الإرقاق، دون لفظ البيع، [هذا أولاً].

والثاني: أنه يجوز أن يكون ذَكر ما عرض له من الرأي، و لم يقل: إنه أخذ به، ومن الجائز أن يكون الرأي يعترض له، ثم يمنعه عن الأخذ به ما سلف من الإجماع، وهذا نحو ما روي عنه – عليه السلام – أنه قال: لو كان الدين بالرأي، لكان باطن الخف أولى بالمسح من ظاهره، فبان أن الرأي يقتضي، وإن كان هناك ما يمنع منه.

فإن قيل: ما[1] روي عن عبيدة السلماني من قوله: فقلت له – يعني علياً – عليه السلام –: رأيك في الجماعة أحب إليَّ من رأيك في الفرقة[2]، يعترض هذا التأويل.

قيل له: قد ذكر جماعة من العلماء أن هذا اللفظ مما لا يصح، وأن عبيدة لم يكن له من الوزن ما يجيزه على أن يشافه أمير المؤمنين – عليه السلام – بذلك، وينسبه إلى خرق الإجماع[3]، وأنه يجوز أن يكون قال ذلك في نفسه حين خفي عليه[4] معنى /١٢/ قول أمير المؤمنين.

على أنه إن ثبت، فلا معتَرض به على الوجه الثاني من التأويل، وذلك أن معنى قوله موافق لتأويلنا، لأنهما جميعاً يفيدان[5] أن هذا الرأي لا يجوز الأخذ به؛ لمنع الإجماع منه، وقد بينا أن علياً – عليه السلام – لم يقل: إني أخذت بهذا[6] الرأي، وعملت به.

---

(١) سقط من (أ) ما.
(٢) أخرجه عنه البيهقي ٣٤٤/١٠.
(٣) في (أ): إلى خرق الإجماع منه وقد بينا وأنه..
(٤) في (أ): خفي عليه قول.
(٥) في (أ): يفيد أن هذا.
(٦) في (أ): هذا.

فإن قيل: فإن زيد بن علي روى عن أبيه، عن جده، عن علي - عليهم السلام - مالا يحتمل هذا التأويل، وهو قوله: وكان يقول إذا مات سيدها، وله منها ولد، فهي حرة من نصيبه؛ لأن الولد قد ملك منها شقصاً، وإن كانت لا ولد لها، بيعت[١].

قيل له: هذا رواه أبو خالد، عن زيد بن علي - عليهما السلام - يرفعه إلى علي صلوات الله عليه، أنه كان يجيز بيع أمهات الأولاد، ولا يمتنع أن يكون قول زيد بن علي - عليه السلام - أدرجه في الخبر، وأن يكون أبو خالد هو القائل، وكان يقول: كذا، والمراد به زيد دون أمير المؤمنين - عليهما السلام- ويحتمل أيضاً أن يكون المراد به إذا كان الاستيلاد وقع في غير الملك، ويكون الملك تجدد بعد الولادة، وهذه[٢] لا تكون أم ولد حكماً، وإن جاز أن تسمى من طريقٍ أم ولد، وحكمها عندنا هو ما تضمنه ظاهر هذا الحديث، فلا يكون قادحاً في مذهبنا.

فإن قيل: فقد روى زيد بن علي عنه - عليه السلام - ما هو أوضح من هذا، وهو أن رجلاً أتاه فقال: يا أمير المؤمنين، إن لي أمة[٣] ولدت مني، أفأهبها لأخي؟ قال: نعم، فوهبها لأخيه، فوطئها، فأولدها، فأتاه الآخر فقال: أهبها لأخ لي آخر؟ قال: نعم، فوطئوها جميعاً[٤].

قيل له: أما الأخ الأول، فيجوز أن يكون استيلاده لها كان قبل الملك، فوطئها، ثم ملكها قبل الولادة، وهذه عندنا يجوز بيعها، وهبتها، فأجاز علي - عليه السلام - أن يهبها لأخيه، وأما الأخ الثاني، فيجوز أن يكون أراد بالهبة النكاح، فإن النكاح يجوز أن يعبر عنه بالهبة؛ ألا ترى إلى قوله سبحانه: ﴿وَامْرَأَةً مُؤْمِنَةً إِن وَهَبَتْ نَفْسَهَا لِلنَّبِيِّ﴾(الأحزاب ٥٠)، والمراد به النكاح، وكذلك قلنا: إن النكاح ينعقد بلفظ الهبة، فيكون وطء الثالث لها بالنكاح دون الملك.

---

(١) المسند كتاب البيوع، باب بيع المدبر وأمهات الأولاد.
(٢) في (أ): فهذه.
(٣) في (ب): امرأة.
(٤) المسند كتاب البيوع، باب بيع المدبر وأمهات الأولاد.

فإن قيل: ما الفصل بينكم وبين من تأول ما روي عن علي - عليه السلام - أنه كان يقول: «لا تباع أم الولد» على أم الولد التي مات عنها سيدها، وله منها ولد باق؟

قيل له: تأويلنا أولى؛ لموافقة ما روي عن النبي - صلى الله عليه وآله وسلم - ولما ذكر من حصول الإجماع، فكنا به أسعد.

فإن قيل: فكيف تدَّعون /١٣/ الإجماع فيه، وقد روي عن عمر أنه قال: أم الولد إذا أسلمت، وأحصنت[1]، عتقت، وإن كفرت، وفجرت، وغدرت، رقت؟

قيل له: يحتمل أن يكون المراد به ارتدت، ولحقت بدار الحرب.

فإن قيل: روي عن ابن[2] الزبير جواز بيعهن.

قيل له: يحتمل أن يكون مَنْ مُلِك بعد الولادة.

فإن قيل: روي عن ابن مسعود أنه قال: تعتق من نصيب ولدها.

قيل له: هذا لا يمنع من القول بإعتاقها، وإنما الخلاف في جهة العتق، وليس فيه دلالة على جواز البيع، على أنه قد روي عن ابن مسعود ما دل على خلاف ذلك:

أخبرنا أبو العباس الحسني - رحمه الله - قال: أخبرنا الحسين بن أبي الربيع، قال: حدثنا الحسين بن علي بن الربيع، قال: حدثنا ابن أبي شيبة، قال: حدثنا وكيع، عن الأعمش، عن زيد بن وهب، قال: مات رجل من الحي، وترك أم ولد، فأمر الوليد بن عقبة ببيعها، فأتينا ابن مسعود، فسألناه، فقال: إن كنتم لا بد فاعلين فاجعلوها في نصيب ولدها.[3] فدل ذلك على أنه لم يقل ذلك عن رضا ببيعها.

فإن قيل: قد روي عن جابر أنه قال: كنا نبيع أمهات الأولاد على عهد رسول الله - صلى الله عليه وآله وسلم - وعهد أبي بكر، إلى أن نهى عنه عمر[4].

---

(١) في (أ): وحصنت.

(٢) في (أ): عن ابن مسعود الزبير.

(٣) أخرجه ابن أبي شيبة في المصنف ٤/٤١٠.

(٤) أخرجه ابن حبان ١٦٦/١٠، والحاكم ٢٢/٢، والنسائي ١٩٩/٣.

قيل له: هذا مما لا حجة فيه للمخالف؛ لأنه لم يذكر أنه فعل ذلك بإذن النبي - صلى الله عليه وآله وسلم - ألا ترى إلى ما روى أُبي بن كعب لَمَّا قال لعمر: قد كنا نجامع على عهد رسول الله - صلى الله عليه وآله وسلم - فلا نغتسل حتى ننـــزل، فقال له عمر: فأخبرتم بذلك رسول الله[1] - صلى الله عليه وآله وسلم - فرضيَه؟ قال: لا، فلم يأخذ به. على أن ذلك يحتمل أن يكون في أمهات أولادٍ ولدن قبل الملك، وهذا مما لا نأباه[2].

ومما يدل على ذلك: ما أخبرنا به أبو بكر المقري، قال: حدثنا الطحاوي، قال: حدثنا ابن أبي داود، قال: حدثنا ابن اليمان قال: أخبرنا شعيب بن أبي حمزة، عن الزهري، قال: حدثني عبدالله بن محيريز[3] الجمحي، أن أبا سعيد الخدري أخبره أنه بينما هو جالس عند النبي - صلى الله عليه وآله وسلم - إذ جاءه رجل من الأنصار، فقال يا رسول الله، إنا نصيب سبياً، ونحب الأثمان، فكيف ترى في العزل؟ فقال النبي - صلى الله عليه وآله وسلم -: «لا عليكم ألاَّ تفعلوا ذلك[4]، فإنها ليست بنسمة كتب الله - عز وجل - أن تخرج إلا وهي خارجة»[5]. فلولا أن بيعها بعد الاستيلاد غير جائز، لقال - صلى الله عليه وآله وسلم - ليس الاستيلاد بمانع من الثمن، فدل ذلك على حظر بيعهن/١٤/.

فأما[6] ما يذكره المخالف في هذا الباب مما يجري مجرى النظر، فلا معنى له؛ لأنه يؤدي إلى خلاف النصوص التي ذكرناها، وإلى خلاف ما أُجمع عليه، وما يجري هذا المجرى من النظر، فهو فاسد، على أنهم لا يخالفون في أن إطلاق بيعها في حال الحمل غير جائز؛ لأنهم فرقتان: فرقة يذهبون إلى أن بيعها في حال الحمل غير جائز على وجه

---

(١) في (أ): النبي.
(٢) في (ب): نأبى.
(٣) في (ب): يحيى.
(٤) في (ب): ذلكم.
(٥) أخرجه الطحاوي في شرح معاني الآثار ٣٣/٣.
(٦) في (أ): وأما.

من الوجوه، وفرقة يذهبون إلى أن بيعها لا يجوز إلا أن يستثني ما في بطنها، فحصل الوفاق في أن بيعها على الإطلاق غير جائز، فوجب ألا يجوز بيعها بعد الولادة على الإطلاق، والعلة أن مالكها أحبلها في الإسلام، فكل مملوكة حبلت من مالكها في الإسلام، لم يجز إطلاق بيعها، وإذا ثبت أن إطلاق بيعها غير جائز، ثبت أنه لا يجوز بيعها على وجه من الوجوه؛ إذ لم يفصل أحد بين ذلك، ويؤكَد ذلك بالحظر، والاحتياط.

وقلنا: إنها تصير أم ولد، سواء وضعت للتمام، أو لغير التمام، لقوله – صلى الله عليه وآله وسلم –: «أعتقها ولدها، ولو[1] كان سقطاً». واشترطنا أن تكون مضغة أو نحوها، ليُعلَم أنه ولد، وينفصل حاله بين أن يكون ولداً، وبين أن يكون دماً أو غيره مما يجمعه أبداً[2].

مسألة: في بيع المُدَبَّر

قال: ولا يجوز بيع المدبر إلا من ضرورة.

وهذا منصوص عليه في (الأحكام) و(المنتخب)[3]، وبه قال القاسم. وقال الناصر: يجوز[4] بيعه على كل حال، وبه قال الشافعي. قال أبو حنيفة: لا يجوز بيعه بحال. وقال مالك: إنه لا يباع إلا في الدين.

والأصل في ذلك: ما أخبرنا به علي بن إسماعيل، قال: حدثنا محمد بن الحسين بن اليمان، قال: حدثنا محمد بن شجاع، قال: حدثنا يزيد بن هارون، قال: أخبرنا محمد بن إسحاق، عن عبدالله بن أبي نجيح، عن مجاهد، عن جابر قال: كان في المدينة رجل أعتق غلاماً قبطياً عن دُبُر منه، ثم أتى النبيَ – صلى الله عليه وآله وسلم – فذكر له

---

(١) في (أ): وإن.

(٢) كذا في النسخ.

(٣) انظر: الأحكام ٢/٤٦ – ٤٧. المنتخب ١٦٧.

(٤) في (أ): لا يجوز وصوب في الهامش بحذف: لا. وهو الصواب ففي المسألة الرابعة والسبعون والمائة من المسائل الناصريات: يجوز "بيع المُدبّر وأُمّ الولد". وحكاه في البحر الزخار ٣/٣٠٩ عن الناصر.

الحاجة، فأمره أن يبيعه، فباعه بثمانمائة درهم من نعيم بن النحام[١].

وروى أبو داود بإسناده، عن عطاء بن أبي رباح، عن جابر، أن رجلاً أعتق غلاماً له عن دُبُر منه، ولم يكن له مال غيره، فأمر به النبي - صلى الله عليه وآله وسلم - فبيع[٢].

فدل ذلك على أن بيعه كان للحاجة، ألا ترى إلى[٣] ما روي أن رسول الله - صلى الله عليه وآله وسلم - سها، فسجد، دل على أن السجود كان للسهو، وكذلك ما روي أن ماعزاً زنى، فرُجم، دل على أن الرجم كان للزنى، فكذلك قول جابر: أعتق غلاماً له عن دُبُر[٤]، فأتى النبي - صلى الله عليه وآله وسلم - فذكر له الحاجة (فأمره أن يبيعه، فيه دليل على أن بيعه كان من أجل الحاجة ومقصوراً عليها)[٥]، وهذا نصٌّ فيما[٦] ذهبنا إليه.

فإن قيل: فقد روى الجصاص بإسناده، عن نافع، عن ابن عمر قال: /١٥/ قال رسول الله - صلى الله عليه وآله وسلم -: «المدبر لا يباع، ولا يشترى، وهو من الثلث»[٧]. وهذا عام في جميع الأحوال.

قيل له: لا ننكر ما ذكرت، وبه نحتج على الشافعي ومن قال: مثل قوله، إذ أجاز بيعه، إلا أنا نخصص منه مدبر المضطر، بالدليل الذي قدمناه.

فإن قيل: روي عن أبي جعفر - عليه السلام- أنه قال: إنما باع رسول الله - صلى الله عليه وآله وسلم - خدمة المدبر[٨].

---

(١) أخرجه البخاري ٣٥٧/٢، ومسلم ١٢٨٩/٣، وابن حبان ٣٠٣/١١، والنسائي ١٩١/٣، والبيهقي ٣٠٨/١٠عن جابر بطريق أخرى .

(٢) أخرجه أبو داود في السنن ٢٦/٤.

(٣) في (أ): أن.

(٤) في (أ): كان لدبر.

(٥) ما بين القوسين ساقط من (أ).

(٦) في (أ): على.

(٧) وأخرجه عن ابن عمر: البيهقي٣١٤/١٠، والدارقطني ١٣٨/٤ بلفظ لا يباع ولا يوهب وهو من الثلث.

(٨) أخرجه البيهقي ١٠/ ٣١٢، والدارقطني ١٣٨/٤.

قيل له: هذا لا يمنع ما اعتمدناه من الأخبار؛ لأنه يجوز أن يكون - صلى الله عليه وآله وسلم - باع خدمة المدبر مرة، والمدبر نفسه مرة أخرى، فليس بينهما تناف، وأكثر ما في هذا أن يكون أبو جعفر - عليه السلام - لم يعرف أحد البيعين، وعرفَ الآخر.

فإن قيل: ما تنكرون على من قال لكم: إنا نُجوِّز بيع بعض المدبر، وهو ألا يكون عتقه عُلِّقَ[1] بمجرد موت مالكه، فيحمل الخبر عليه؟

قيل له: ظاهر الخبر يقتضي خلاف ذلك؛ لأن فيه أن رجلاً أعتق غلاماً له عن دُبُر، وذكر الحاجة، فأُمر ببيعه، فذكر الإعتاق عن دبر، ولم يذكر شرطاً سواه فيه، ولا يمكن إثبات شرط لا يقتضيه الخبر، ولم يدل الدليل عليه.

فإن قيل: قد روي عن النبي - صلى الله عليه وآله وسلم -: «المدبر لا يُباع، ولا يُشترى». ثم روي أنه باع مدبراً، فاستعملنا الخبرين بأن حملنا بيعه المدبرَ على مدبر دون مدبر، وأنتم استعملتموه بأن حملتموه على اختلاف أحوال المدبر في نفسه، فتساوينا فيه، وبقي لنا قوله: «المدبر لا يباع، ولا يشترى».

قيل له: استعمالنا أولى من استعمالكم، وذلك أن ما راعيناه من اضطرار المدبر تضمنته الأخبار الواردة في هذا الباب؛ ألا ترى أن في بعض الأخبار أنه باع مدبراً في الدين، وفي بعضها : أن رجلاً أعتق عبده عن دُبُر، لا مال له غيره، وفي بعضها: فذكر الحاجة لرسول الله - صلى الله عليه وآله وسلم -؟

وفيما رواه أبو داود في (السنن) بإسناده عن أبي الزبير، عن جابر أن رجلاً من الأنصار يقال له: أبو مذكور أعتق غلاماً له يقال له: يعقوب عن دبر، ولم يكن له مال غيره، فدعا به النبي - صلى الله عليه وآله وسلم - فقال: «من يشتريه؟» فاشتراه نعيم بن عبدالله بثمانمائة درهم فدفعها إليه، وقال: «إذا كان أحدكم فقيراً، فليبدأ بنفسه»[2]. وفي بعض الأخبار: أنه - صلى الله عليه وآله وسلم - باعه وقال: «الله عنه غني، وأنت إلى ثمنه أحوج»[3].

(١) في (أ): علق عتقه.
(٢) أخرجه أبو داود في السنن ٤/٢٦ - ٢٧.
(٣) أخرجه عن جابر بن عبد الله: أبو عوانة ٣/٤٩١، والبيهقي ١٠/٣١١.

فكل /١٦/ ذلك يدل على أن السبب الذي بيع من أجله ما ذهبنا إليه، فكان استعمالنا أولى مَن استعمال من حمله على ما لم [١] ينطق به شيء من الأخبار.

ومما يدل على ذلك: أنه أمر مستقر يراعى لتقييده الثلث، فوجب ألا يجوز الاعتراض عليه إلا لعذر؛ دليله الوصية بعد الموت، وليس يلزم عليه الوصية قبل الموت؛ لأن الوصية لا تستقر قبل الموت، وإنما استقرارها بعد الموت، وليس كذلك التدبير؛ لأنه يستقر قبل الموت؛ ألا ترى أنه لا خلاف أن العبد يكون مدبراً في حال حياة مولاه، وأيضاً وجدنا التدبير عتقاً من جهة[٢] القول معلّقاً على شرط منتظَر، فوجب أن يكون لمالكه فسخه على حال دون حال؛ دليله الكتابة؛ ألا ترى أن له أن يفسخ الكتابة إذا عجز العبد، أو استقال؟ ولا خلاف بيننا وبين أبي حنيفة أن من قال لعبده: أنت حر إن مِتُّ من مرضي هذا، أن له أن يبيعه إذا اضطر إلى بيعه، فكذلك إن قال له: أنت حر إن مت فقط، والعلة أنه مُدبِّر مضطر إلى بيع مدبره، وهذه العلة لها تأثير عندنا؛ لأنه لو لم يكن مضطراً، لم يجز بيعه عندنا.

يؤكد ذلك: أنا وجدنا[٣] حال المدبر أقوى في باب العتق من حال من أوصى بعتقه، لأنه يفتقر إلى إعتاق الوصي بعد الموت، وليس يفتقر المدبر إلى ذلك، ووجدنا حاله أضعف من حال أم الولد؛ لأن أم الولد تعتق من جملة المال، والمدبر يعتق من الثلث؛ ألا ترى أن الوصية لما كانت أضعف حالاً من الدين، نفذت من الثلث، ونفذ الدين من جميع المال؟ فلما ثبت ذلك، وجب أن يكون حاله فاصلة بين حال الموصَى بعتقه وحال أم الولد، فكانت أم الولد مما لا يجوز بيعها على وجه من الوجوه، والموصى بعتقه يجوز بيعه بكل حال، فوجب[٤] أن يكون المدبر يجوز[٥] بيعه على حال دون حال، وكان أولى الأحوال بالفصل في ذلك ما دلت الآثار عليه.

---

(١) في (أ): من لم.
(٢) في (أ): جملة.
(٣) في (أ): أنا إن وجدنا.
(٤) في (أ): ووجب.
(٥) في (أ): لا يجوز.

وأيضاً وجدنا المدبر بعد موت صاحبه حاله متوسطة بحال أم الولد والموصى بعتقه؛ لأن أم الولد تعتق بكل حال عتقاً مطلقاً، والموصَى بعتقه يمنع الدين من تنفيذ عتقه، والمدبر يعتق مع السعي، فوجب أن يكون حاله متوسطة في حال حياته بينهما على ما ذهبنا إليه.

فأما مالك، فإنه يجيز بيعه في الدَين، فيجب أن يجوز بيعه في سائر الضرورات؛ لأن الأخبار قد نبهت عليه، لأن في بعض الأخبار أنه - عليه السلام - باعه في الدين، وفي بعضها أن /١٧/ الرجل ذكر الحاجة، فأُمر ببيعه، وفي بعضها أنه قال: «إذا كان أحدكم فقيراً، فليبدأ بنفسه». وفي بعضها: «الله عنه غني[١]، وأنت إلى ثمنه أحوج». فنبه ذلك على أن الحاجة مراعاة فيه كالدَين، وأيضاً وجب أن تقاس سائر الضرورات (على الدين، بمعنى أنه ضرورة، على أنا وجدنا سائر الضروريات)[٢] في الأصول كالدين، أو أقوى من الدين، و لم نجدها أضعف من الدين؛ ألا ترى أنهما يستويان في باب أخذ الزكاة؟ وعندنا الدين أضعف في باب أداء الزكاة؛ لأن من عليه الدين قد يلزمه نفقة الرحم[٣]، وإن كان الفقير لا يلزمه، فإذا جاز أن يباع المدبر في الدين، جاز أن يباع في سائر الضرورات؛ إذ ليست حالها أضعف من حال الدين.

مسألة: في بيع الضالة والعبد الآبق

قال: ولا يجوز بيع الضالة، ولا بيع العبد الآبق في حال إباقه، وبيعهما غرر.

وهذا منصوص عليه في (الأحكام)، ونص في (المنتخب)[٤] على أن بيع الآبق لا يجوز.

والأصل في ذلك: ما أخبرنا به أبو الحسين البروجردي، قال: أخبرنا أبو بكر محمد بن عمر الدينوري، قال: حدثنا حماد بن زيد، عن يحيى بن عتيق، عن محمد بن سيرين، عن أيوب السختياني، عن يوسف بن ماهك المكي، عن حكيم بن حزام قال: «نهاني

---

(١) في (أ): الله أغنى.

(٢) ما بين القوسين ساقط من (أ).

(٣) في (ب): الفقير الرحم.

(٤) انظر: الأحكام ٢/٥٣ إلا أنه قال: الضالة من الأنعام. والمنتخب ١٩٣.

النبي - صلى الله عليه وآله وسلم - أن أبيع ما ليس عندي»[١]. والآبق، والضالة ليسا عند البائع، فوجب ألا يجوز بيعهما؛ لعموم النهي عن ذلك.

وروي زيد، عن أبيه، عن جده، عن علي - عليهم السلام -: أنه نهى عن بيع ما ليس عندك[٢]. والنهي عن بيع الغرر يقتضي النهي عن بيع الآبق والضالة؛ لأنه غرر لا يدرى أيظفر به، أم لا؟ فيجري مجرى بيع الطير في الهواء، والسمك في الماء.

مسألة: في العقد الموقوف

قال: ولا بأس بالشراء الموقوف على إذن المشتَرى له، وكذلك القول في البيع الموقوف على إذن صاحب المبيع تخريجاً.

نص في (الأحكام) [٣] في مسألة من خالف أمر الآمر على إجازة الشراء الموقوف، ودل كلامه فيه، وفي النكاح الموقوف، على إجازته البيع الموقوف، والشافعي يأباهما، وأجاز أبو حنيفة البيع الموقوف، دون الشراء الموقوف، وأجاز الوقف في الشراء دون البيع مالكٌ.

والأصل في ذلك: قول الله تعالى: ﴿وَأَحَلَّ اللهُ الْبَيْعَ وَحَرَّمَ الرِّبَا﴾ (البقرة ٢٧٥)، والبيع اسم للإيجاب والقبول، وليس لأحد أن يقول: الإيجاب يجب أن يكون من المالك؛ لأنه (يصح من الوكيل والوصي وإن لم يملكا، على أنه)[٤] لا خلاف أن اسم البيع ينطلق عليه؛ لأنه لا يمنع أحد من أن يقول[٥] باع فلان مال غيره.

فإن قيل: البيع هو إيجاب الملك للغير، /١٨/ والموقوف لا يكون ملكاً، فلا يجب أن يكون بيعاً، فثبت أن الاسم لا يتناوله.

قيل له: البيع هو اسم الإيجاب والقبول فقط، يكشف ذلك أن المتعاقدَين لو تعاقدا

(١) أخرجه الترمذي ٣/٥٣٦، والبيهقي ٥/٢٦٧.
(٢) المسند كتاب البيوع، باب ما نهي عنه من البيوع.
(٣) انظر: الأحكام ٢/٦١.
(٤) سقط من (أ) ما بين القوسين.
(٥) في (ب): يقال.

على خيار معلوم، كان ذلك بيعاً، وإن لم يجب الملك، ومما يدل على ذلك:

حديث عروة البارقي قال: أعطاني رسول الله - صلى الله عليه وآله وسلم - ديناراً لأشتري به شاة، فاشتريت به شاتين، فبعت إحداهما بدينار، وجئت بالأخرى، فقال: «أحسنت»[١]. وروي أنه قال: أعطاني ديناراً أشتري به أضحية، فاشتريت به شاتين، فبعت إحداهما بدينار، وجاءه بدينار وشاة، فدعا له - صلى الله عليه وآله وسلم - بالبركة في بيعه، فكان لو اشترى التراب، ربح[٢]، وفي بعض الأخبار قلت: هذا ديناركم، وهذه شاتكم فقال: كيف صنعت؟ فحدثته بالحديث، فقال: «اللهم بارك في صفقة يمينه»[٣]. فدلت هذه الأخبار على ما ذهبنا[٤] إليه من جواز البيع والشراء الموقوفَين؛ لأن النبي - صلى الله عليه وآله وسلم - أمره أن يشتري شاة، فاشترى شاتين بغير أمره، ثم باع إحداهما بغير أمره، فأجازه النبي - صلى الله عليه وآله وسلم - فدل على ما ذهبنا إليه من أن الإجازة تلحق البيع والشراء جميعاً.

ومما يدل على ذلك: ما روي عن النبي - صلى الله عليه وآله وسلم - أنه أعطى حكيم بن حزام ديناراً وأمره أن يشتري[٥] به أضحية، فاشترى، وباع، ثم اشترى، ثم أتى النبي - صلى الله عليه وآله وسلم - بدينار وشاة، فقال: «ما هذا»؟ قال: بعت، واشتريت، وربحت، فقال - صلى الله عليه وآله وسلم -: «بارك الله لك في تجارتك»[٦]. فدل ذلك على ما ذهبنا إليه؛ لأن حكيماً باع ما لم يؤمر ببيعه، ثم شرى ما لم يؤمر بشرائه ثانياً، وأجازهما النبي - صلى الله عليه وآله وسلم -.

فإن قيل: يجوز أن يكون النبي - صلى الله عليه وآله وسلم - قد أقر له في ذلك.

قيل له: الخبر دال على خلاف ذلك، وهو ما لا يمكن ادعاؤه إلا بالدلالة.

---

(١) أخرجه الترمذي ٥٥٩/٣، والبيهقي ١١١/٦، وأبو داود ٢٥٦/٣، وابن ماجة ٨٠٣/٢.
(٢) أخرجه أبو داود ٢٥٦/٣، والدارقطني ١٠/٣، والبيهقي ١١١/٦، والحميدي ٣٧٣/٢ .
(٣) أخرجه البيهقي ١١٢/٦، وأحمد ٣٧٦/٤.
(٤) في (أ): ذهبنا.
(٥) في (ب): يشتري أضحية.
(٦) أخرجه البيهقي في السنن ١١٢/٦.

فإن قيل: فقد روي عن النبي - صلى الله عليه وآله وسلم - أنه نهى عن بيع ما لم يملك، وأنه قال: «لا تبع ما ليس عندك». وهذا نقيض مذهبكم.

قيل له: أما نهيه عن[١] بيع ما لم يملك، فلا يتناول موضع الخلاف؛ لأن الخلاف إنما هو في بيع ما لم يملك إذا باعه غير مالكه، وأما ما لا يكون ملكاً لأحد، فلا خلاف أن بيعه لا يجوز، وهو الذي ورد النهي عن بيعه، وقوله: «لا تبع ما ليس عندك». أيضاً لا يدل على /١٩/ موضع الخلاف؛ لأن الإنسان قد يكون عنده ملك غيره، والخلاف في بيعه قائم؛ على أن ما ذكرتموه لو اقتضى ما ادعوه، لكانت أخبارنا أولى؛ لأنها تختص موضع الخلاف، فيجب أن تكون مخصصة لما اعتمدوه، ولا خلاف أن صاحبه لو كان رضي ببيعه، جاز البيع، وكذلك[٢] إذا رضي بعد وقوع العقد؛ والمعنى أنه عقد بيع حصل معه رضا المالك للبيع[٣]، وأيضاً لا خلاف أن المريض لو باع وحابى، وقف البيع على إجازة الورثة، فكذلك ما اختلفنا[٤] فيه، والعلة أنه عقد بيع يتعلق به غير حق المتعاقدين، فوجب أن يكون موقوفاً على إجازة من له الحق، ولا[٥] خلاف أن قول البائع: بعت بكذا وكذا، موقوف على قبول المشتري، فوجب أن يقف ما اختلفنا فيه على الإجازة؟ والمعنى أنه معنى لو تقدم على العقد، لنفذ، فوجب أن يقف عليه إذا لم يكن تقدم؛ ألا ترى أنه لا خلاف أنه لو قال المشتري: قد اشتريت منك كذا بكذا، فقال البائع: قد بعت، لنفذ؟ وهذا القياس الثاني يوجب (أن يقف الشراء على إجازة المشتري، والوصية أيضاً تشهد لما ذهبنا إليه)[٦]؛ ألا ترى أن من أوصى (بجميع ماله، وقفت وصيته على إجازة الورثة، لَمَّا تعلق بالموصى به حق الورثة)؟ وليس لهم أن يقيسوه على الطير في الهواء، والسمك في الماء؛ لأنهما ليسا ملكين لأحد، فيكون بيعهما موقوفاً على إجازته.

---

(١) في (أ): أما عن.

(٢) في (ب): فكذلك.

(٣) في (أ): حصل معه رضا ببيعه جاز البيع والمالك للمبيع وأيضاً.

(٤) في (أ): اختلفا.

(٥) في (ب): فلا.

(٦) ما بين القوسين بياض في (أ).

فإن عللوا بفساد[1] البيع، قلنا: العلة فيه أنه غير مملوك لأحد من الناس، فلذلك فسد بيعه، وهذه العلة معلومة لا يصح أن يقابلها العلة المظنونة.

وأما قول من قال: إن البيع يوقف، والشراء لا يوقف؛ لأن الشراء يلزم المشتري، فهو عندنا غير صحيح؛ لأن الذي يصح عندنا هو أن الإنسان إذا اشترى شيئاً لغيره بغير أمره ، لم يلزمه، ووقف على إجازة المشترى له، فإن أجازه، جاز، وإن لم يجزه، لم يلزم بعد ذلك.

فإن قيل: فالدليل على أنه يلزمه المشتري أن الوكيل إذا خالف الموكِل في الشراء، لزمه.

قيل له: لسنا نسلم هذا، ونقول فيه ما قلنا أولاً: إن الوكيل إذا خالف، كان موقوفاً على المشتَرَى له، فإن أجازه، جاز، وإلا لزم الوكيل، وهل الخلاف إلا هذا؟ فكيف يصح البناء عليه؟

فإن قيل: فكيف يصح أن يكون لزومه المشتري موقوفاً على امتناع المشترى له من إجازة[2] شرائه؟

قيل له: لا يمتنع ذلك؛ ألا ترى أنهم يقولون في الملتقط إذا تصدق باللقطة، ثم جاء صاحبها، كان بالخيار بين أن يجيزه، ويختار الأجر، وبين أن يُضَمِّنَه قيمتها؟ فيكون تضمين الملتقط /٢٠/ موقوفاً على امتناع صاحب اللقطة من إجازة الصدقة، وتكون الصدقة موقوفة على إجازته، فإن أجازها، جازت، وإن لم يجزها، ضمن الملتقِط، وكذلك المشتَرَى له إن أجاز، جاز، وإن امتنع، لزم المشتري الشراء.

مسألة: في بيع الشيء بأكثر من سعر يومه

قال: ولو أن رجلاً باع من رجل شيئاً بأكثر من سعر يومه يداً بيد، جاز، فإن باعه بأكثر من سعر يومه مؤجلاً، كان البيع فاسداً، وهو من الربا، ولا يجوز ذلك، وإن لم يشترطا[3] الأجل لفظاً، إذا كان مضمرين له، ومنطويين عليه.

---

(١) في (أ): لفساد.

(٢) في (أ): مَن أجاز.

(٣) في (أ): يُشترط.

ما[1] ذكرناه من جواز بيع الشيء بأكثر من سعر يومه يداً بيد قد دل عليه في باب المزارعة، وفي نسخة أخرى في باب المرابحة من كتاب (الأحكام)[2].

ودل عليه أيضاً في مواضع من (الأحكام)[3] و(المنتخب).

وما ذكرناه من المنع من بيعه بأكثر من سعر يومه نسأ منصوص عليه في كتاب (الأحكام) و(المنتخب)[4].

وما ذكرناه من أنه لا يجوز ذلك، وإن لم يشترطا[5] الأجل لفظاً إذا كانا مضمرين له، فنبه عليه في باب الصرف من (الأحكام)[6].

أما ما ذكرناه من كون بيع الشيء بأكثر من سعر يومه لا يجوز نسأ، فهو قول القاسم، رواه عن عبدالله بن الحسن، عن علي بن الحسين - عليهم السلام - وبه قال الناصر؛ وسائر العلماء على خلافه.

والدليل على ذلك: قول الله تعالى: ﴿وَحَرَّمَ الرِّبَا﴾ (البقرة/٢٧٥)، والربا فهو الزيادة، ومنه قول الله تعالى: ﴿وَمَا آتَيْتُم مِّن رِباً لِّتَرْبُوا فِي أَمْوَالِ النَّاسِ فَلا يَرْبُوا عِندَ اللَّهِ﴾ (الروم/ ٣٩)، فإذا ثبت ذلك، ثبت أن ذلك البيع هو بيع الزيادة، فثبت أنه بيع الربا، فوجب تحريمه بظاهر التلاوة.

فإن قيل: فقد قال الله تعالى: ﴿وَأَحَلَّ اللَّهُ الْبَيْعَ﴾، فلستم بما تعلقتم به بأولى منا إذا تعلقنا بما ذكرناه.

قيل له: تَعَلُّقنا بما تعلَّقْنا به أولى؛ لأنه حاظر، وما تعلقتم به مبيح، والحاظر أولى من المبيح، ألا ترى إلى ما روي عن أمير المؤمنين - عليه السلام -: قال في الجمع بين

---

(١) في (أ): وما.
(٢) انظر: الأحكام ٢/٥٣ - ٥٤ ولم ينص عليه في كتاب المزارعة.
(٣) انظر: الأحكام ٢/٣٠، ٥٠.
(٤) انظر: الأحكام ٢/٦٧. المنتخب ٢٢٤.
(٥) في (أ): يُشترط.
(٦) انظر: الأحكام ٢/٧١ وهو بالمعنى.

الأختين بملك اليمين (أحلتهما آية، وحرمتهما آية)، ثم غلب الحظر؟ ولأن الربا أخص من البيع؛ لأن البيع يشتمل على ما هو بيع مساواة وربا، وعندنا أن العام يجب أن يُبنى على الخاص.

فإن قيل: فلِم لا تحملونه[١] على هذا المعنى في بيع الشيء بأكثر من سعر يومه يداً بيد؟

قيل له: نخص ذلك بدلالة الإجماع؛ ومن طريق السنة ما روي أن علياً – عليه السلام – خطب الناس، وقال: سيأتي على الناس زمان عضوض يعض الموسر على ما في يده، ولم يؤمر بذلك، قال الله تعالى: ﴿وَلَا تَنسَوُا الْفَضْلَ بَيْنَكُمْ﴾ (البقرة ٢٣٧)، ويبايع المضطرون، وقد نهى رسول الله – صلى الله عليه وآله وسلم – عن بيع المضطرين، وبيع الغرر، وهذا من بيع المضطر؛ لأن الشيء لا يشترى بأكثر من سعر /٢١/ يومه مؤجلاً إلا لضرورة، وقد بينا تناوله النهي، فيجب فساده.

فإن قيل: فمن يشتري بأكثر من سعر يومه إنما يشتريه لضرب من الضرورة، وإن كان الثمن معجلاً، وقد أجزتموه، وكذلك من يبيع الشيء بأقل من سعر يومه إنما يفعله لضرب من الضرورة، وقد أجزتموه.

قيل له: إنما تعلقنا بالعموم، وكل ما سألتم عنه مخصوص بالإجماع، وأيضاً روي أن امرأة قالت لعائشة: إني بعت من زيد بن أرقم خادماً بثمانمائة درهم إلى العطاء، ثم اشتريته بستمائة درهم، فقالت: «بئس ما شريت»[٢]. وبئس ما اشتريت، أبلغي زيد بن أرقم أن الله تعالى قد أبطل جهاده مع رسول الله – صلى الله عليه وآله وسلم – إن لم يتب، فقالت: أرأيت إن لم آخذ إلا رأس مالي، فقالت عائشة: ﴿فَمَن جَاءَهُ مَوْعِظَةٌ مِّن رَّبِّهِ فَانتَهَىٰ فَلَهُ مَا سَلَفَ وَأَمْرُهُ إِلَى اللَّهِ﴾ (البقرة ٢٧٥)[٣]. وهذا لا يجوز أن تقوله إلا توقيفاً؛ إذ فيه إبطال الجهاد، وذلك لا يكون للاجتهاد، وفيه مقادير الثواب

---

(١) في (أ): تحملوه.
(٢) سقط من (أ) ما بين القوسين.
(٣) أخرجه البيهقي ٣٣٠/٥، والدارقطني ٥٢/٣، وعبد الرزاق ١٨٥/٨عن العالية.

والعقاب، ولا طريق لها إلا[1] التوقيف. فإذا ثبت ذلك، فليس يخلو إبطالها البيعَ الأول من أن يكون لأنه بيع إلى العطاء، وقد عرف من مذهبهما خلاف ذلك، أو يكون لأنه بيع بأكثر من سعر يومه مؤجلاً، فإذا فسد الأول، لم يبقَ إلا الثاني.

فإن قيل: فأجيزوا ذلك لغير المضطرين إذا تبايعا.

قيل له: قد بينا أن موضوع هذا البيع موضوع الاضطرار، فلا معتبر بحال المتبايعين، ألا ترى أنه لا خلاف في المضطرين إذا تبايعا الشيء بمثل سعر يومه أنه غير مراد بالخبر؟ فإذاً المراد أن يكون البيع موضوعه موضوع الاضطرار.

ويمكن أن يقال لأبي حنيفة والشافعي: لا نختلف في أن من باع شيئاً بأكثر من سعر يومه مؤجلاً، واشترط خيار بائعه، أن البيع فاسد، فكذلك إذا لم يشترط الخيار، والعلة أنه بيع بزيادة الثمن مؤجلاً، ويدل عليه أن من عليه الحق لو قال لصاحبه: أخرني بحقك وأزيدك، لم يجز ذلك؛ لأنه زيادة ليس[2] في مقابلها إلا الأيام، فكذلك بيع الشيء بأكثر من سعر يومه للزيادة. ألا ترى أن الزيادة لم تحصل إلا على الأيام فقط؟ وليس يلزم عليه السَلَم؛ لأن من يسلم[3] في أكثر مما يتبايع به لا يقال: إنه بيع بزيادة، وإنما يقال في مثله: بيع بوكس[4]، وإن كان فيه زيادة من وجه، على أنه لا خلاف بيننا وبين أبي حنيفة أن من باع شيئاً ، لم يجز له أن يشتريه بأقل مما باعه به من قبل أن يستوفي الثمن الأول، فكذلك ما ذهبنا إليه؛ لأنه[5] لا يحل[6] أن يحصل في الثمن /٢٢/ زيادة لا يقابلها إلا مرور الزمان.

وقلنا: إن ذلك لا يجوز، وإن لم يشترطا الأجل لفظاً، إذا كانا مضمرين له؛ لقول الله تعالى: ﴿إِلاَّ أَن تَكُونَ تِجَارَةً حَاضِرَةً تُدِيرُونَهَا بَيْنَكُمْ﴾ (البقرة ٢٨٢)، وقد ثبت أنهما

---

(١) في (أ): إلى.
(٢) في (أ): وليس.
(٣) في (أ): أسلم.
(٤) بِوَكْسٍ: بنقصان. القاموس المحيط٥٣٦.
(٥) في (أ): لا يحل في أن.
(٦) في (ب): يجيل. وظنن على ما أثبتناه في الهامش.

لم يتراضيا بما جرى بينهما من العقد الظاهر؛ لانطوائهما على خلاف ذلك؛ ألا ترى أن المشتري لو علم أنه يطالب بالثمن معجلاً، لم يكن يشتريه بذلك الثمن؟ ولا معتبر بظاهر ما يقع منهما، ألا ترى أن المكرَه إذا باع، لم يجز بيعه، وإن ظهر منه ظاهر الإيقاع، لَمَّا قارنه ما يدل على أنه غير راض به؟ فكذلك ما ذكرناه، ولذلك أبطلنا طلاق المكرَه، وعتاقه.

مسألة: في بيع الجزاف

قال: ولا بأس ببيع الجزاف إذا لم يَعرف المتبايعان قدره، فإن كان أحدهما عالماً[١] بمقداره، فسد البيع.

وهذا منصوص عليه في (الأحكام) [٢].

ووجهه: ما روي عن النبي - صلى الله عليه وآله وسلم - من النهي عن بيع الغرر[٣]، وهذا من التغرير؛ لأنهما إذا باعا جزافاً، وأحدهما عالم بمقداره، والآخر غير عالم، أنه يكون العالم غاراً له، وأيضاً ما روى [٤] أبو داود بإسناده، عن ابن عمر، أن رجلاً ذكر للنبي - صلى الله عليه وآله وسلم - أنه يُخدَع في البيع، فقال له النبي - صلى الله عليه وآله وسلم -: «إذا بايعت، فقل: لا خلابة»[٥]. دليلٌ على أن البيع الذي يكون مع [٦] الخلابة لا يجوز، وذلك هو بيع الخلابة؛ إذ لا يجوز أن يحمل قوله - صلى الله عليه وآله وسلم - إلا على التعريف الذي قلناه؛ إذ ليس بعد ذلك إلا اشتراط ألا خلابة، ولا خلاف أن اشتراط ذلك لا يؤثر[٧].

---

(١) في (أ): عارفاً.
(٢) في (أ): انظر: الأحكام ٥١/٢.
(٣) أخرجه عن أبي هريرة : مسلم ١١٥٣/٣، وابن حبان ٣٢٧/١١، وأبو عوانة ٢٥٨/٣، والترمذي ٥٣٢/٣، والدارمي ٣٢٧/٢، وأبو داود ٢٥٤/٣.
(٤) في (ب): وأيضاً روى.
(٥) أخرجه أبو داود في السنن ٢٨٠/٣.
(٦) في (ب): بيع.
(٧) في (أ): لا يؤثره.

فإن قيل: لو بطل هذا البيع، لم يبطل إلا لجهل أحدهما، وعِلمِ صاحبه، وقد علمنا أن واحداً منهما لا يبطل البيع؛ إذ لو جمعهما العلم، والجهل، كان البيع صحيحاً بالإجماع، وإذا ثبت ذلك، لم يجب أن يبطل.

قيل له: لسنا نقول: إنه يبطل لواحد منهما، بل نقول: إنه يبطل لاجتماع علم أحدهما، وجهل الآخر؛ إذ الخداع بذلك يتم، وإياه تناول قوله - صلى الله عليه وآله وسلم - (لا خِلابة).

مسألة: في مبايعة المشركين

قال: ولا بأس بمبايعة المشركين إذا لم يُباعوا سلاحاً، ولا كراعاً، ولا بأس باشتراء بعض المشركين من بعض.

وهذا منصوص عليه في (الأحكام)[1].

قلنا: إنه لا بأس بمبايعة المشركين؛ لأنه لا خلاف في ذلك، ولقول الله تعالى: ﴿وَأَحَلَّ اللَّهُ الْبَيْعَ وَحَرَّمَ الرِّبَا﴾ (البقرة/٢٧٥)، فلم يستثن بيعاً من بيع، ولأن كل مالٍ جاز أن يملكه على الغير بوجه من الوجوه، جاز أن يملكه /٢٣/ عليه بالشراء، واستثنينا السلاح، والكراع، لأن في ذلك تقوية على المسلمين، وتكثيراً لعددهم، وذلك مما لا يجوز؛ لأنه يكون كالمعاونة لهم على ذلك، وقد قال الله تعالى: ﴿وَلَا تَعَاوَنُوا عَلَى الْإِثْمِ وَالْعُدْوَانِ﴾ (المائدة/٢)، ولا يجب أن يكون سبيل سائر الأشياء سبيل السلاح والكراع في هذا الباب، وإن كان في بيع سائر الأشياء ضرب من التقوية؛ لأن موضوع سائر الأشياء ليس هو موضوع الاستعانة به، وموضوع السلاح والكُراع موضوع الاستعانة به على الأعداء؛ ألا ترى أن الله تعالى لما قال: ﴿وَأَعِدُّوا لَهُم مَّا اسْتَطَعْتُم مِّن قُوَّةٍ وَمِن رِّبَاطِ الْخَيْلِ﴾ (الأنفال/٦٠)، كان ذلك أمراً بما يكون موضوعه موضوع الاستعانة به عليهم من الأسلحة، وما جرى مجراها؟

وقلنا: إنه لا بأس بشراء بعضهم من بعض[2]؛ لأنا قد بينا فيما تقدم أن الملك في

---

(١) انظر: الأحكام ٣٥/٢ ، ٥١، ٥٢.

(٢) في (أ): بعضهم.

دار الحرب يكون بالغلبة، فكل من غلب من المشركين في دار الحرب على شيء يصح تملكه، صار مالكاً له، فجاز أن يملكه عليه بالشراء، والمشركون ممن يصح تملكهم، فمن غلب منهم على نفسه في دار الحرب، صار مملوكاً للغالب، فصح أن يُشترى منه.

مسألة: في مبايعة الظالمين

قال: ويكره مبايعة الظالمين.

هذا منصوص عليه في (الأحكام)[1].

ووجهه: أن أحسن أحوال ما في أيديهم من الأموال أن تكون من المشبهات؛ لأنا وإن لم نحكم بأنها حرام على القطع، فإنما كره لكثرة أمارات التحريم فيه، فإن من[2] المعلوم من أحوالهم أن عامة ما يتصرفون فيه من الغصوب التي لا شك في تحريمها، (فإذا ثبت ذلك، كرهت ملابسته، واستحب تجنبه؛ لما)[3] أخبرنا أبو عبدالله النقاش، قال: حدثنا الناصر، قال: حدثني أخي الحسين بن علي، قال: حدثني أبي علي بن الحسين، عن علي بن جعفر بن محمد، عن أبيه (جعفر بن محمد، عن أبيه)[4] محمد بن علي يرفعه، قال: «الوقوف عند الشبهة خير من الاقتحام في الهلكة».

وروى أبو داود في (السنن) بإسناده، عن الشعبي، عن النعمان بن بشير قال: قال (رسول الله - صلى الله عليه وآله وسلم -: «الحلال بين والحرام بين وبينهما أمور متشابهات»)[5]. لا يعلمها كثير من الناس، فمن اتقى الشبهات، استبرأ دينه وعرضه، ومن وقع في الشبهات، وقع في الحرام)[6].

---

(١) انظر: الأحكام ٣٥/٢.

(٢) في (أ): فإن المعلوم.

(٣) ما بين القوسين بياض في (أ).

(٤) سقط من (ب) ما بين القوسين ونبه عليه في هامشها.

(٥) سقط من (أ) ما بين القوسين.

(٦) أخرجه أبو داود في السنن ٣،٢٤٣ .

مسألة: في معاملة المماليك بيعاً وشراء

قال: ولا يجوز بيع العبد، ولا شراؤه، إلا بإذن سيده.

وهذا منصوص عليه في (الأحكام)[1].

والأصل فيه: ما قد ثبت أن العبد لا يملك شيئاً، فإن سيده مالك له، ولما في يده، وقد نص الهادي - عليه السلام - على ذلك في كتاب الهبات، /٢٤/ وكتاب المكاتبة، من (الأحكام)[2]. وإذا ثبت ذلك، ثبت أن تصرفه لا يجوز إلا بإذن سيده؛ لأنه يكون في حكم من تصرف في ملك غيره، في أنه لا يصح إلا بإذن المالك، وما ذهبنا إليه من أن العبد لا يملك، به قال أبو حنيفة. والمشهور من قول الشافعي، وحكي عنه في القديم: أنه قد يملك، وهو قول مالك.

والأصل فيه: قول الله تعالى: ﴿ضَرَبَ اللهُ مَثَلاً عَبْداً مَّمْلُوكاً لا يَقْدِرُ عَلَى شَيْءٍ..الآية﴾ (النحل ٧٥)، ففيه وجهان من الدلالة:

أحدهما : أنه قال: ﴿عَبْداً مَّمْلُوكاً لاَ يَقْدِرُ عَلَى شَيْءٍ﴾، فمنع أن يقدر على شيء، فهو على عمومه، إلا حيث يخصه الدليل، فوجب ألا يقدر على شيء من التصرف، وفيه أنه لا يملك.

فإن قيل: القدرة لا تُنبئ على جواز التصرف في الحقيقة[3]، فإن جاز أن يستعمل ذلك اتساعاً، فالاتساع لا يعرف منه المراد إلا بالدلالة.

قيل له: ليس حال اللغة فيما ذكرتَ على ما قدّرتَ؛ لأن أهل اللغة لا يرجعون في معنى القادر والقدرة إلى ما يرجع إليه المتكلمون، وإنما يرجعون فيه إلى التأتّي، فلا يمتنعون من القول: إن فلاناً لا يقدر على كذا، إذا كان لا يتأتى منه، سواء كان ذلك وهو مستطيع له، وتعذره لفقد الآلة، أو لفقد الدواعي، أو لمنعٍ سوى ذلك على وجه

---

(١) انظر: الأحكام ٢/٦٥.

(٢) انظر: الأحكام ٢/١٩٩، ٤٣٣.

(٣) في (أ، ب): حقيقة.

من الوجوه، أو كان غير مستطيع له. فإذا ثبت ذلك، صح الاستدلال بما ذكرناه، وصح تعذر التصرف منهم من جميع الوجوه، إلا ما خصه الدليل.

والوجه الثاني من الاستدلال بالآية : أنه فصل بالواو بين العبد وبين من رزقه رزقاً حسناً، فهو ينفق منه، فاقتضى الظاهر أن العبد لا يرزق[١] رزقاً حسناً ينفق منه، لولا ذلك، لم يصح الفصل بينه وبين العبد بالواو. ألا ترى أن قائلاً لو قال: رأيت رجلاً مختلاً، وآخر عاقلاً، كان الظاهر أن الذي ذكره أولاً لا يوصف بأنه عاقل، وأن الاختلال المذكور من حاله عبارةٌ عن اختلال العقل، وإن كان الاختلال يصح تصرفه إلى غير العقل؟

ومما يدل[٢] على ذلك قوله تعالى: ﴿ضَرَبَ لَكُم مَّثَلاً مِن أَنفُسِكُمْ هَل لَّكُم مِّمَّا مَلَكَتْ أَيْمَانُكُم مِّن شُرَكَاءَ﴾ (الروم/٢٨)، فنبه أنه ليس فيهم من يشاركنا فيما رُزقناه، وهذا ينفي أن يكون لهم ملك، لأنه لو جاز أن يكون لهم ملك، جاز أن يكونوا شركاءنا في كثير من الأملاك.

فإن قيل: فإنه قال: «فيما رزقناكم». والشيء إذا كان ملكاً /٢٥/ لإنسان لم يصح أن يكون له فيه شريك، حر ولا عبد؛ لأن الشركة تقتضي أن ذلك التصرف بكماله ليس ملكاً له.

قيل له: هذا يخرج الآية من أن تكون لها فائدة؛ لأن ذلك يستوي فيه الحر والعبد، والله تعالى إنما قال: ﴿هَل لَّكُم مِّمَّا مَلَكَتْ أَيْمَانُكُم مِّن شُرَكَاءَ﴾، فخص نفي الشركة بيننا وبين ما ملكت أيماننا، فدل ذلك على أمر يختص ملك اليمين، وليس ذلك إلا ما ذهبنا إليه، على أن الآية تدل على ما ذكرناه من وجه آخر، وهو أنه تعالى أراد أن يبين أن الملك كله له، وأنه ليس لنا ملك نَستَبدُّ به دونه؛ ألا ترى أنه تعالى قال: ﴿وَلَهُ مَن فِي السَّمَاوَاتِ وَالأَرْضِ كُلٌّ لَّهُ قَانِتُونَ﴾، إلى قوله: ﴿مِمَّا مَلَكَتْ أَيْمَانُكُم مِّن شُرَكَاءَ..﴾(الروم: ٢٦-٢٨)، فلولا أن ما ملكت أيماننا لا يجوز أن يستبدوا بالملك دوننا، لم يصح ضرب هذا المثل.

---

(١) في (أ): يرزقه.
(٢) في (ب): دل.

ويدل على ذلك: ما أخبرنا به أبو الحسين البروجردي قال: حدثنا يوسف بن هارون القاضي، قال: حدثني علي بن شعيب، وأحمد بن يحيى، حدثنا[1] سفيان، عن الزهري، عن سالم، عن أبيه، يبلغ به النبي - صلى الله عليه وآله وسلم - قال: «من باع عبداً، وله مال، فمالُه للذي باعه، إلا أن يشترط المبتاع»[2].

وحدثنا[3] محمد بن عثمان النقاش، حدثنا الناصر، عن محمد بن منصور، عن عباد بن يعقوب، عن حاتم بن إسماعيل، عن جعفر، عن أبيه، قال: قال علي - عليه السلام-: «من باع عبداً، وله مال، فماله للذي باعه، إلا أن يشترط المبتاع»[4]. فدل الخبر على أن ما في يد العبد يكون لمالكه؛ ألا ترى أنه جعل المال للبائع دونه في الوقت الذي أضافه إلى العبد؟ يبين ذلك أنه - صلى الله عليه وآله وسلم - لما جعل مال العبد في حال زوال تملك مولاه عنه لمولاه، كان الأولى أن يكون ذلك لمولاه في حال تملكه إياه.

فإن قيل: فكيف يصح لكم الاستدلال به، وفيه إضافة المال إلى العبد؟

قيل له: الشيء قد يضاف إلى من هو في يده كما يضاف إلى مالكه؛ ألا ترى أن الله تعالى أضاف البيوت إلى النبي - صلى الله عليه وآله وسلم - تارة؟ وإلى أزواجه تارة، فإذا احتمل ذلك ما ذكرناه، وجب أن يُحمل ذلك على أنه أضافه إليه، لتقريره - صلى الله عليه وآله وسلم - ملكاً لبائعه.

فإن قيل: فقد قال الله تعالى: ﴿**وَأَنكِحُوا الأَيَامَى مِنكُمْ وَالصَّالِحِينَ مِنْ عِبَادِكُمْ وَإِمَائِكُمْ إِن يَكُونُوا فُقَرَاءَ يُغْنِهِمُ اللهُ مِن فَضْلِهِ**﴾ (النور/٣٢)، والغنى يكون بالملك، فدل ذلك على أنهم يملكون.

---

(١) في (ب): قال: حدثنا.

(٢) أخرجه ابن حبان ٢٨٩/١١، والترمذي ٥٤٦/٣، والدارمي ٣٣٠/٢، والنسائي ١٩٠/٣ عن الزهري عن سالم عن أبيه عن النبي - صلى الله عليه وآله وسلم -.

(٣) في (ب): أخبرنا.

(٤) وأخرجه ابن أبي شيبة في المصنف ٥٠٠/٤ بإسناده عن حاتم، به..

قيل له: يجوز أن يكون المراد به الغنى بالنكاح، كما قال الله تعالى: ﴿وَلْيَسْتَعْفِفِ الَّذِينَ لا يَجِدُونَ نِكَاحاً حَتَّى يُغْنِيَهُمُ اللهُ مِن فَضْلِهِ﴾ (النور/٣٣)، وهو أولى؛ لأنه خبر، وهو لا يقع بخلاف /٢٦/ المخبر، وفي الفقراء من يتزوج فلا يستغني بالمال.

فإن قيل: فقد قال النبي – صلى الله عليه وآله وسلم –: «من أحيا أرضاً ميتة، فهي له»[١]. ولم يستثنِ حراً من عبد.

قيل له: لا نسلم أن العبد هو المحيي؛ لأن كسبه لمولاه، فالمحيي إذاً هو السيد؛ ألا ترى أن من استأجر أجيراً على أن يعمر أرضاً يكون المحيي هو المستأجِر دون الأجير، لَمَّا كان فعله يقع للمستأجِر؟

فإن قيل: فقد روي عنه – صلى الله عليه وآله وسلم –: «من أعتق عبداً، فماله له، إلا أن يشترط المعتِق»[٢].

قيل له: هو محمول على المكاتَب، وكذلك نقول: إنه[٣] لا خلاف أنه لا يملك بالإرث، فكذلك سائر جهات الملك؟ والعلة أنه جهة بها يملك، ولم يجز أن تكون جهة يملك[٤] بها العبد؛ ألا ترى أن الإرث أقوى وجوه الملك؛ لأنه يصير ملكاً للوارث بغير اختياره، فلما لم يصح أن يملك من جهة الإرث، لم يصح أن يملك من سائر جهات الملك، والعلة أنه مرقوق[٥]. يدل على صحة ذلك أنه لو خرج من الرق، ورث، فبان أن المانع منه هو الرق.

فإن قيل: فالذمي لا يرث المسلم، والمسلم لا يرث الذمي، وهذا لا يمنع من صحة تملكهما الأشياء.

قيل له: كل واحد منهما من أهل الميراث، لأن المسلم يرث مَن كان على ملته،

---

(١) سيأتي تخريجه في باب الإحياء.
(٢) أخرجه البيهقي ٣٢٥/٥، والدارقطني ١٣٣/٤، وابن ماجة ٨٤٥/٢ عن ابن عمر.
(٣) سقط إنه من (أ).
(٤) في (ب): بها يملك.
(٥) في (أ): والعلة أنه موقوف.

ويرث المرتد؛ والذمي يرث من كان على ملته، فلم تخرجه ذمته من أن يكون الإرث جهة تملكه، فلا يلزم ذلك على ما ذكرناه.

فإن قيل: فالمكاتب لا يملك بالإرث والغُنْم، ويملك بغيرهما.

قيل له: عندنا أن المكاتب لا يملك الإرث ملكاً صحيحاً بوجه من الوجوه، وإن جرى على ما في يده بعض أحكام الملك؛ ألا ترى أنا لا نجيز له أن يطأ جارية يشتريها؟ وكذلك لو اشترى زوجته، لم نوجب فسخ نكاحها، فثبت بما بيناه أن العبد لا ملك له، فلم يجز أن يتصرف فيما في يده إلا بإذن سيده، وأما إذا أذن له سيده، جاز تصرفه فيه، وهذا مما لا خلاف فيه.

وأخبرنا محمد بن عثمان النقاش قال: حدثنا الناصر، عن محمد بن منصور قال: حدثنا محمد بن إسماعيل قال: حدثنا وهب بن سهل الأسدي، قال: حدثنا[1] محمد بن قيس الأسدي، عن بكار العتري، قال: ارتفع رجلان إلى أمير المؤمنين – عليه السلام– وقال أحدهما: إن غلامي يا أمير المؤمنين ابتاع من هذا بيعاً، وإني رددت[2] عليه، فأبى أن يقبله، فقال علي – عليه السلام –: «أتبعث غلامك بالدراهم يشتري لك لحماً بها من السوق»؟ قال: نعم، قال: «قد أجزتَ عليك شراءه».

مسألة: في بيع الأب مال ابنه والوصي مال اليتيم

قال: ولا يجوز بيع الأب على الابن الصغير؛ إلا إذا كان متحرياً لنفعه، وكذلك القول في الوصي.

نص في كتاب الزكاة من (الأحكام) [3] على أن للوصي أن يتجر في مال اليتيم طلباً لصلاحه ونفعه، ونص في كتاب الوصية[4] على أنه /٢٧/ ليس للأب أن يبيع أملاك ولده الصغير التي هي العقار ونحوها إلا من ضرورة، وكذلك الوصي.

---

(١) في (ب): حدثني.
(٢) في (أ): رددته.
(٣) انظر: الأحكام ١/١٩١.
(٤) انظر: الأحكام ٢/٤٣٠.

نص في (المنتخب)[1] على أن أب الأب إذا باع الضيعة على الابن الصغير، فله إذا بلغ أن يفسخ البيع، ونص فيه في كتاب الشفعة على أن الأب إذا ترك شفعة ابنه الصغير لعُدْمه، لم يكن له إذا بلغ أن يطالب بها، قال: فإن كان تركها، وهو واجد لثمنها من مال ابنه، كان له إذا بلغ أن يطالب بها[2]؛ لأن أباه قد ظلمه، وترك حقه لغير علة، قال فيه: وهكذا القول في الوصي إذا ترك شفعة الصغير.

فهذه المسائل تدل من مذهبه على ما لخصناه في أول هذه المسألة.

ووجهه: أن الأب جعلت ولايته على الصغير ثابتة لصلاح الصغير، ألا ترى أن غيره ممن يجوز أن تتوجه عليه التهمة كالأخ، والعم، لا ولاية لهم في ماله؟ وهو أيضاً إذا بلغ، وصار بحيث يستقل[3] بمصالح نفسه، زالت ولاية أبيه عنه. فإذا ثبت ذلك بما بيناه، وجب أن تكون ولايته عليه ثابتة فيما يؤدي لإصلاح حاله، دون فسادها؛ إذ الولاية على ما بيناه ولاية للصلاح، وليست ولاية للفساد، والوصي في جميع ذلك قائم مقام أبيه، ونائب منابه، فلذلك قلنا: إن حكمه حكم الأب في البيع على الصغير، ومما يدل على ذلك أنه لا خلاف في أن الأب لو باع من مال ابنه الصغير بدون قيمته بما لا يتغابن الناس فيه أن البيع فاسد، فكذلك ما ذهبنا إليه، والعلة أنه بيع لم يتحرَّ فيه مصلحة الابن، فوجب ألا يصح من المتولي عليه.

فإن قيل: ألستم تقولون: إن الأب لو أنكح ابنته الصغيرة بدون مهر مثلها، نفذ ذلك؟ فما أنكرتم أن ينفذ بيعه عليها، وإن لم يتحرَّ صلاحها؟

قيل له: ليس موضوع البيع موضوع الإنكاح؛ لأن الغرض في البيع تحصيل الثمن، وليس الغرض في النكاح تحصيل المهر؛ بل لا يمتنع أن يكون صلاحها في أن تتزوج من كفؤ صالح بدون مهر مثلها؛ لأن المعتبر في الإنكاح هو حال الزوج؛ فبان بما ذكرناه الفرق بينهما؛ على أنه لا خلاف أن البيع بدون القيمة على ما حكيناه لا يجوز، فبان به أيضاً الفرق بين الأمرين.

---

(١) انظر: المنتخب ٢٢٧.

(٢) من (ب): سقط بها .

(٣) في (ب): استقل.

مسألة: في بيع المَميز المأذون له

قال: ولا بأس ببيع المراهق الذي لم يبلغ، إذا أذن له وليه.

وهذا منصوص عليه في (الأحكام) [١]، وبه قال أبو حنيفة.

والأصل فيه قول الله /٢٨/ تعالى: ﴿وَأَحَلَّ اللَّهُ الْبَيْعَ﴾(البقرة/٢٧٥)، وقوله: ﴿إِلاَّ أَن تَكُونَ تِجَارَةً عَن تَرَاضٍ مِّنكُمْ﴾(النساء/ ٢٩)، وهذه تجارة عن تراض.

ويدل على ذلك قوله تعالى: ﴿وَابْتَلُوا الْيَتَامَى حَتَّى إِذَا بَلَغُوا النِّكَاحَ﴾(النساء/ ٦)، فأمر بابتلائهم، فدل ذلك على ما ذهبنا إليه من وجهين:

أحدهما : أن التصرف في البيع والشراء ليعرف فيه حاله[٢] من الابتلاء، فوجب أن يكون جائزاً بظاهر قوله: ﴿وابْتَلُوا الْيَتَامَى﴾.

والوجه الثاني: أن الابتلاء لا يتم إلا به، فصار ذلك كالمنصوص عليه.

ويدل على ذلك أنه مميز محجور عليه، فوجب أن يصح بيعه إذا أذن له فيه من[٣] يتولى أمره؛ دليله العبد إذا أذن له مولاه في البيع، على أنه إذا ثبت جواز البيع الموقوف بما قد بيناه، وجب أن يجوز ما ذهبنا إليه؛ إذ لم يفرق أحد بينهما، ولأنه تصرف من مميز صح أن تلحقه الإجازة، فأشبه البيع الموقوف.

مسألة: في بيع الرطب والبقول

ولا يجوز[٤] بيع الرطب والبقول إلا ما ظهر منها وعُرف.

وهذا منصوص عليه في (الأحكام) و(المنتخب) [٥]، وروي نحوه عن القاسم في (الأحكام)، وبه قال أبو حنيفة، والشافعي. وحكي عن مالك أنه يجوز بيع ما لم يظهر تابعاً لما ظهر.

---

(١) انظر: الأحكام ١٣٦/٢.

(٢) في (ب): حاله فيه.

(٣) في (ب): أذن له فيه ممن.

(٤) في (أ): ولا يجوز من.

(٥) انظر: الأحكام ٥٣/٢. المنتخب ١٩٨.

والدليل على صحة ما ذهبنا إليه: نهيه - صلى الله عليه وآله وسلم - عن بيع الغرر، وهذا بيع الغرر، لأنه يجوز أن يختلف حال ما يظهر اختلافاً زائداً على ما ظهر.

ويدل على ذلك أيضاً نهيه - صلى الله عليه وآله وسلم - عن بيع ما ليس عند الإنسان، وهذا مما لا يصح أن يقال: إنه عند الإنسان، وأيضاً روي عنه - صلى الله عليه وآله وسلم - أنه نهى عن بيع المضامين[١]، وهو بيع ما يتضمنه الشيء خلقه[٢]، والعلة أنه بيع عين لم توجد؛ ولا خلاف أيضاً أنه إذا لم يظهر منه شيء، لم يجز، فكذلك إذا ظهر بعضه لهذه العلة؛ فإن قاسوه على منافع الأجرة، كان تمكينه[٣] شاهداً لقياسنا؛ لأنها ليست أعياناً، وإن تعلقوا بقوله تعالى: ﴿وَأَحَلَّ اللَّهُ الْبَيْعَ وَحَرَّمَ الرِّبَا﴾ (البقرة/٢٧٥)، كان ذلك مخصوصاً بما قدمناه، وليس لهم أن يقولوا: إن الضرورة تدعو إلى ذلك؛ إذ لا ضرورة تدعو إليه.

مسألة: في بيع الثمرة قبل صلاحها

قال: ولا يجوز بيع الثمرة حتى يبدو صلاحها، ويؤمَن فسادها، ولا يجوز بيع شيء من ذلك سنين، قال: وقال القاسم - عليه السلام -: وكذلك القول في ورق التوت.

ما ذكرناه أولاً منصوص عليه في (المنتخب)[٤]، وما حكيناه عن القاسم منصوص عليه في (مسائل النيروسي).

وروي نحو قولنا عن ابن أبي ليلى.

وقال أبو حنيفة: هو جائز.

وقال الشافعي: إن اشترطا القطع، جاز، وإلا لم يجز، وقال زيد بن علي - عليهما السلام -: إذا اشترطا القطع، جاز.

---

(١) أخرجه البيهقي ٥/٢٨٧، ومالك ٢/٦٤٥، وعبد الرزاق ٨/٢٠، عن ابن المسيب.

(٢) في (أ): خلفه، وهو خطأ لذكره عدة مرات كما أثبتنا.

(٣) شكل عليها في (ب) وجعل مكانها عكسه.

(٤) انظر: المنتخب ١٩٤.

والأصل في ذلك: ما /٢٩/ أخبرنا به أبو بكر المقري، حدثنا الطحاوي، حدثنا علي بن معبد، حدثنا روح بن عبادة، حدثنا زكرياء بن إسحاق، حدثنا عمرو بن دينار، أنه سمع جابر بن عبدالله يقول: نهى رسول الله - صلى الله عليه وآله وسلم - عن بيع الثمر حتى يبدو صلاحه[١].

وأخبرنا الحسين البروجردي، حدثنا عبدالله بن محمد البغوي، حدثنا علي بن الجعد، حدثنا عبدالعزيز، عن الزهري، عن سالم، عن أبيه، عن النبي - صلى الله عليه وآله وسلم - أنه نهى عن بيع الثمرة حتى يبدو صلاحها[٢].

وأخبرنا أبو بكر المقري، حدثنا الطحاوي، حدثنا فهد، حدثنا عبدالله بن صالح، قال: أخبرني الليث، قال: حدثني يحيى[٣] بن أيوب، عن حميد الطويل، عن أنس أن النبي - صلى الله عليه وآله وسلم - قال: «لا تبايعوا بالثمار حتى تزهو، قلنا: يا رسول الله[٤] وما تزهو؟ قال: تحمر أو تصفر، أرأيتم إن منع الله تعالى الثمرة؟ بمَ يستحل أحدكم مال أخيه» [٥]؟ وروى نحوه زيد بن علي، عن أبيه، عن جده، عن علي - عليهم السلام - عن النبي - صلى الله عليه وآله وسلم -[٦].

أخبرنا أبو الحسين بن إسماعيل، حدثني محمد بن الحسين بن اليمان، حدثنا محمد بن شجاع، حدثنا روح، عن ابن جريج، عن عطاء، عن جابر: «أن النبي - صلى الله عليه وآله وسلم - نهى عن بيع الثمرة حتى يبدو صلاحها»[٧]. فكل هذه الأخبار نصوص في صحة ما ذهبنا إليه.

---

(١) أخرجه الطحاوي في شرح معاني الآثار ٢٣/٤.
(٢) أخرجه البخاري ٧٦٣/٢، ومسلم ١١٦٧/٣، وأبو عوانة ٢٩٢/٣، والبيهقي ٢٩٥/٥، والنسائي ١٧/٤ عن سالم عن أبيه عبد الله بن عمر.
(٣) في (ب): يحيى عن أيوب.
(٤) في (ب): قلنا: يا رسول الله في معنى تزهو.
(٥) أخرجه الطحاوي في شرح معاني الآثار ٢٤/٤.
(٦) المسند كتاب البيوع، باب بيع الثمار.
(٧) وأخرجه عنه البخاري ٧٦٤/٢، ومسلم ١١٦٧/٣، وأبو عوانة ٢٨٦/٣، وأبو داود ٢٥٣/٣، والنسائي ١٠٤/٣.

فإن قيل: يحتمل أن يكون المراد به[1] بيع الثمار قبل حدوثها، حتى يكون بائعاً ما ليس عنده، فقد روي عن سمرة، قال: نهى رسول الله - صلى الله عليه وآله وسلم - عن بيع السنين[2].

قيل له: الظاهر أنه نهى - صلى الله عليه وآله وسلم - عن بيعها حتى يبدو صلاحها، ولا يجوز حمله على ما ذهبتم إليه؛ لأنه يبطل بتحديد[3] البيع إلى حين يبدو الصلاح؛ لأنه يرتفع على قولكم.

قيل له[4]: ذلك حين حدوث الثمرة، فالواجب إذاً حمل النهي عن بيع الثمرة حتى يبدو صلاحها على ظاهرها، والنهي عن بيع السنين على ظاهره، من غير أن يعترض بأحدهما على الآخر.

فإن قيل: ما تنكرون أن يكون خبركم مخصوصاً بخبرنا؟

قيل له: التخصيص إذا لم يكن استعمالنا[5] الخبرين على ظاهرهما، فأما إذا أمكن ذلك، فلا وجه للتخصيص، على أن خبركم لو اعترض به على خبرنا، لم يكن ذلك تخصيصاً، بل كان نسخاً؛ لأن خبرنا اقتضى تحديد[6] المنع من بيعها إلى حين يبدو صلاحها، وخبركم متى اعترض به عليه، اقتضى إبطال هذا التحديد، وهذا هو النسخ، فبطل ما اعتمدوه.

فإن قيل: فقوله - صلى الله عليه وآله وسلم -: «أرأيتم إن منع الله الثمرة؟ بم يستحل أحدكم مال أخيه»؟ يدل على أنه /٣٠/ قصد النهي عن بيع ما لم يوجد.

قيل له: يحتمل أن يكون المراد ما ذهبنا إليه، ويكون ذلك تنبيهاً على فساد بيعها في

---

(١) في (ب): المراد بيع.
(٢) أخرجه عنه الطحاوي ٤/٢٥.
(٣) في (أ): تحديد.
(٤) لعل هذا جواب لسؤال ساقط كذا في الهامش.
(٥) في (ب): استعمال.
(٦) في (أ): تحديده.

تلك الحال، لكون المقصود به التبقية، وإذا احتمل ذلك، لم يجز حمله على ما ذهبوا إليه؛ ولا وجه لقياسهم في هذا الباب، لأنه يؤدي إلى إبطال التحديد الذي ثبت عن النبي - صلى الله عليه وآله وسلم - ألا ترى أنهم يسوون بين حاله قبل بدو صلاحه، وبعده؟ وذلك يبطل التحديد به.

فأما الشافعي، فيوافقنا على فساد بيعها ما لم يشترط القطع، فكذلك إذا اشترط؛ والعلة أنه بيع ثمرة لم يَبِنْ صلاحها، وهذه العلة يعضدها لفظ النبي - صلى الله عليه وآله وسلم - والأصول تشهد لنا؛ لأنا لم نجد في الأصول بيعاً فسد بترك اشتراط تسليم المبيع، إلا واشتراط تسليمه غير مؤثر في صحته.

فإن قيل: العلة في فساده أن العرف يقتضي تركه متى أطلق البيع، وإذا اشترط القطع، زال ذلك.

قيل له: لو سلمنا لكم علتكم، لم تقدح في علتنا، لأنا نقول: هما فيما أطلق بيعه من ذلك، ونقول بعلتنا فيما اشترط فيه القطع.

وأما ما ذكرناه من إبطال بيعها سنين، فمما لا خلاف فيه؛ لأنه بيع الغرر، وبيع ما ليس عندك، وبيع ما لم يوجد، ولا وجه لأن نستقصي فيه؛ لأنه وفاق.

وقلنا: إن ورق التوت حكمه حكم الثمرة؛ لأنه في معناها، وطلب الانتفاع فيها على وجه واحد، فلا غرض في إعادة القول فيه.

مسألة: في بيع المضامين وما يتعذر استيفاؤه وتسليمه

قال: ولا يجوز بيع اللبن في الضرع، ولا بيع ما في بطون الأنعام، ولا ما على ظهورها من الجلد، والصوف، والشعر، والوبر، ولا بيع الحيتان في الآجام والأنهار، كل ذلك بيع الغرر. جميعه منصوص عليه في (الأحكام) (١)، غير الجلد فإنه منصوص عليه في (المنتخب) (٢)، وإن كان قد نبه عليه في (الأحكام)، وبه قال أبو حنيفة.

---

(١) انظر: الأحكام ٥٣/٢.
(٢) انظر: المنتخب ٢٢٣.

وإنما قلنا: إن بيع اللبن في الضروع لا يجوز، لما روي عن النبي - صلى الله عليه وآله وسلم - من النهي عن بيع المضامين، وهو اللبن[١] مضموناً في غيره؛ وذكر أبو عبدالله البصري أنه قد روي عن النبي - صلى الله عليه وآله وسلم - أنه نهى عن بيع اللبن في الضرع[٢]؛ ولأن سبيله سبيل الولد في بطن أمه؛ لأنه مضمون خلقة.

وقلنا: إن بيع الولد في بطن أمه لا يجوز، لنهيه - صلى الله عليه وآله وسلم - عن بيع المضامين، ولما روي من نهيه عن بيع الملاقيح[٣]، وعن بيع حبل الحبلة[٤].

فأما ما على ظهور الأنعام من الجلد، /٣١/ والصوف، والشعر، والوبر، فقلنا: لا يجوز بيعه؛ لأنه لا يمكن استيفاؤه وتسليمه، فأشبه العضو من أعضائها.

فأما الحيتان في الآجام والأنهار، فلا يجوز بيعها لوجهين:

أحدهما : أنها مباحة غير مملوكة لا يجوز بيعها ما لم تُملك.

والثاني : تعذر تسليمها، فإن كانت اصطيدت، وملكت، ثم أرسلت في ماء يمكن أن تؤخذ منه على غير وجه الصيد، كأن يرسل في ماء يسير، فإن بيعها جائز، نص عليه زيد بن علي، وقول يحيى لم يتناوله؛ لأنه ذكر ما كان منها في الآجام والأنهار.

وما روي من نهي النبي - صلى الله عليه وآله وسلم - عن بيع الغرر يتناول جميع ما ذكرناه.

مسألة: في بيع الناقة واستثناء ما في بطنها أو جزء منها

قال: وإن باع ناقة واستثنى ما في بطنها، أو استثنى جلدها، أو قلبها، أو غير ذلك، إذا كان عضواً معلوماً، كان ذلك جائزاً، كل ذلك إذا كان المبيع قد ذبح قبل البيع تخريجاً.

---

(١) في (ب): الذي مضمون في غيره خلقة.

(٢) أخرجه البيهقي ٥/٣٤٠، والدارقطني ٣/١٤، والطبراني٤/١٠١ عن ابن عباس - رضي الله عنهم-ا.

(٣) أخرجه الطبراني في الكبير ١١/٢٣٠ عن ابن عباس - رضي الله عنهم -ا.

(٤) أخرجه البخاري ٢/٧٥٣، ومسلم ٣/١١٥٣، وابن حبان ١١/٣٢١، وأبو عوانة ٣/٢٥٩، والترمذي ٣/٥٣١ عن ابن عمر.وهذا البيع هو البيع إلى أن تنتج الناقة ثم تحمل التي نتجت.

وهذا منصوص عليه في (المنتخب)[١].

وقلنا: تخريجاً؛ لأن جواز ذلك إذا كان مذبوحاً مني؛ لتنصيصه فيه[٢] على أنه لا يجوز بيع الجلد على الثور وهو قائم، فإذا لم يجز ذلك، كان الأولى ألا يجوز بيع اللحم وهو قائم، والبائع إذا استثنى الجلد، فكأنه باع ما سواه، فإذا لم يجز البيع في الأقل، فالأولى ألا يجوز في الأكثر.

والمراد بقولنا في هذه المسألة إن باع واستثنى ما في بطنها، مقصور على ما سوى الولد، من الرئة، والكرش، ونحوهما؛ لتنصيصه في (المنتخب)[٣] على جواز بيع الناقة واستثناء ولدها، وهذه الجملة لا أحفظ فيها خلافاً لا في إجازته البيع في المذبوح ولا في منعه في الحي.

أما وجه إجازته في المذبوح، فهو أنه إذا ذبح، لم يتعلق حكم بعض أعضائه ببعض، فيجري مجرى شيئين منفصلين في أنه يجوز بيع أحدهما دون صاحبه، ويجري مجرى أشياء منفصلة في أنه يجوز بيعها مع استثناء بعضها.

وأما وجه منعه في الحي، فهو أن أعضاء الحي لا يجوز أن تفرد بشيء من الأحكام؛ لأن جملته في حكم الشيء الواحد، فلم يجز أن يستثنى منه، لأن ذلك يقتضي إفراده بالحكم، وذلك يتعذر، على أنَّما روي عنه - صلى الله عليه وآله وسلم - من نهيه عن بيع الغرر يتناول ذلك؛ لأنه لا سبيل إلى تسليم المبيع دون المستثنى على وجه من الوجوه، ولا يلزم عليه الجزء الشائع في الجميع؛ لأن ذلك صحيح إفراده بالبيع، والهبة، والإرث، والإيجار[٤]، فكذلك التسليم.

مسألة: في بيع البهيمة واستثناء بعضها

فإن باعها، واستثنى منها أرطالاً معلومة، كان البيع فاسداً، وإن باع واستثنى ربعاً، أو ثلثاً، أو جزءاً معلوماً منه، جاز البيع في الحي والمذبوح.

(١) انظر: المنتخب ٢٢٣.
(٢) انظر: المنتخب ٢٢٣.
(٣) انظر: المنتخب ٢٢٠.
(٤) في (ب): والإيجارة.

جميعه منصوص عليه في (المنتخب)[1]، وهو أيضاً /٣٢/ مما لا أحفظ فيه خلافاً.

فأما إذا باعها واستثنى أرطالاً معلومة، فوجه فساد البيع أن المبيع منه يصير مجهولاً؛ لأن الاستثناء إذا كان أرطالاً معلومة، لم يدر مقدار الباقي، والبيع إنما تناوله دون المستثنى، فلما اقتضى ذلك جهالة المبيع، وجب أن يقتضي[2] فساد البيع.

وأما وجه صحة البيع مع استثناء الجزء الشائع في المبيع كالنصف والثلث والأقل والأكثر، فهو أنه يصح إفراده في أكثر الأحكام، ويصح إفراده بالملك؛ أما ترى أن الوارث قد يرثه دون ما عداه، وكذلك يتأتى فيه الهبة، والبيع، والإجارة؟ فوجب أن يصح استثناؤه.

ألا ترى أنه لو باع المستثنى منه منفرداً عن المستثنى، لصح البيع، فكذلك إذا باعها واستثنى جزءاً شائعاً في جميعه.

مسألة: في بيع الدابة واستثناء ما في بطنها من الولد

قال: ولو باع ناقة حية، واستثنى ما في بطنها من الولد، كان البيع جائزاً، ووجب على المشتري للبائع رضعه إلى ثلاث رضعات ترضعها الناقة فصيلها إذا نتجت.

وجميعه منصوص عليه في (المنتخب)[3].

أما ما ذهبنا إليه من إجازة بيع الناقة مع استثناء ما في بطنها من الولد، فأكثر العلماء على خلافه، إن البيع فيها يفسد.

ووجه قولنا: قول الله تعالى: ﴿وَأَحَلَّ اللَّهُ الْبَيْعَ﴾ (البقرة/٢٧٥)، وعمومه يقتضي صحة البيوع أجمع، إلا ما منع منه الدليل.

فإن قيل: لسنا نسلم أنه بيع حتى يجب دخوله تحت العموم.

---

(١) انظر: المنتخب ٢٢٣.

(٢) في (أ): والجهالة تقتضي.

(٣) انظر: المنتخب ٢٢٠.

قيل له: لا التباس أن اسم البيع منطلق عليه من جهة اللغة، وإذا كان ذلك كذلك، وجب أن يتناوله العموم، ولم يجب أن يراعى تسليم من يُسلِّم أنه بيع، أو امتناع من يمتنع منه، وإنما يراعى ذلك في الأسماء الشرعية دون الأسماء اللغوية، والبيع هو من أسماء اللغة، فوجب بما بيناه صحة ما ذكرناه.

ويدل على ذلك قوله تعالى: ﴿لا تَأْكُلُوا أَمْوَالَكُم بَيْنَكُم بِالْبَاطِلِ إِلاَّ أَن تَكُونَ تِجَارَةً عَن تَرَاضٍ مِنكُمْ﴾ (النساء/٢٩)، وهذه تجارة عن تراض، فوجب أن يكون صحيحاً.

فإن قيل: نهيه عن بيع الغرر يقتضي فساد هذا البيع، وتخصيص ما اعتمدوه من العموم.

قيل له: ذلك لا يتناول ما اختلفنا فيه؛ لأن الغرر إذا كان إنما يكون في المستثنى، فأما المستثنى منه، وهو الذي تناوله البيع، فلا يجوز فيه، فوجب أن يكون صحيحاً، وألا يعترض هذا الخبر، ومما يدل على ذلك ما أجمعنا عليه من أن الولد في بطن أمه يصح أن يفرد ببعض من الأحكام، كالوصية، والعتق؛ لأنه لا خلاف أنه يجوز الوصية بما في بطن /٣٣/ الجارية والناقة دون الأم، وكذلك يجوز عتق ما في بطن الجارية دون الأم، فلما كان ذلك كذلك، وجب أن يصح استثناؤه عن الأم؛ دليله الأرض تباع وفيها الأشجار، لأن الأشجار[1] كما يصح إفرادها بالحكم، صح استثناؤها عن بيع الأرض، ولم يجب[2] به فساد العقد[3]؛ وكذلك ما اختلفنا فيه، يدل على صحة علتنا أن مالا يصح إفراده بشيء من الأحكام كالعضو، لم يصح استثناؤه في البيع.

فإن قاسوه على العضو بعلة أنه لا يجوز إفراده بالبيع، لم يصح، وذلك لأن إفراده بالبيع لم يصح، لما فيه من الجهالة والغرر، ولا يصح أن يكون المستثنى في هذا الباب كالمبيع المستثنى منه؛ لأن الجهالة والغرر إنما يُفسدان البيع ما حصلا فيه، فأما حصولهما في المستثنى، فلا يوجب فساد المستثنى منه على ما بيناه.

---

(١) في (أ): أن الأشجار.

(٢) في (أ) و (ب): يجز، وما أثبتناه في هامش (ب).

(٣) في (أ): فساد الأرض والعقد.

فإن قيل: جاز ما ذكرتم في العتق والوصية لجواز ثبوتهما مع الأخطار والغرر.

(قلنا: لا يلزمنا؛ لأنا لا نجوز بيع الولد في بطن أمه، وإنما جوزنا استثناءه، والاستثناء يثبت فيما لا يثبت فيه البيع)[1].

فإن قيل: أليس عندكم من باع شيئاً واستثنى منه شيئاً مجهولاً يكون بيعه فاسداً؟ فما الفرق بين ذلك وبين بيع الناقة واستثناء ولدها؟

قيل له: لسنا نعتبر بكون المستثنى معلوماً أو مجهولاً، وإنما اعتبرنا في فساد البيع بالاستثناء، ألاَّ يكون الاستثناء يوجب جهالة في المعقود عليه؛ ألا ترى أن من باع مسلوخة، واستثنى أرطالاً معلومة من اللحم، يكون بيعه فاسداً، وإن كان المستثنى معلوماً؛ لَمَّا كان مؤدياً إلى الجهالة في المبيع؛ فثبت أن اعتبارنا في صحة العقد وفساده مع الاستثناء (هو أن يكون المعقود عليه يصير به مجهولاً، أو لا يصير مجهولاً، فإذا كان ذلك)[2] كذلك، وثبت أن استثناء الولد لا يوجب جهالة في الأم، لم يفسد بيعها على ما بيناه، وسقط الإلزام الذي ذكروه.

ووجه قولنا: إن على المشترى للبائع أن يمكن[3] الناقة أن ترضع فصيلها رضعة إلى ثلاث رضعات: قوله - صلى الله عليه وآله وسلم -: «لا ضرر ولا ضرار في الإسلام». ومن المعلوم أن الفصيل إن قطع عليه اللبأ، ولم يرضع منه شيئاً، فالأغلب أنه يتلف، فعلى المشتري أن يُمكِّن من ذلك أيضاً، ولا خلاف أن من خاف على نفسه التلف من الجوع، فله أن يتناول من طعام غيره ويضمنه، ويجب على صاحب الطعام تمكينه منه، فكذلك حال صاحب الفصيل، لأنه إحياء نفس، والذي يجب فيه أن يضمن البائع للمشتري قيمة ذلك /٣٤/ اللبن، وإن لم يكن منصوصاً، لأنه لا يصح استباحة ملك الغير بلا عوض عند خشية تلف نفس ابن آدم، فأولى ألا يجيز ذلك عند خشية تلف الفصيل.

---

(١) ما بين القوسين ساقط من (ب) ونبه عليه في الهامش.

(٢) ما بين القوسين ساقط من (أ).

(٣) في (ب): أن يمكن أن ترضع الناقة.

مسألة: في بيع الصوف على الجلد

قال: ولا بأس ببيع الصوف على الجلد. وهذا منصوص عليه في (الأحكام)[١].

ويجب أن يكون المراد بذلك إذا كان الحيوان غير حي؛ لتنصيصه في (الأحكام)[٢] أنه لا يجوز بيع ما على ظهور[٣] الأنعام من الصوف والشعر والوبر.

ووجه ما قلناه فيما ليس بحي: أنه إذا لم يكن حياً، لم يتعلق حكم بعضه ببعض، فيجري مجرى الشيئين المنفصلين في أنه يجوز بيع أحدهما دون الآخر، وإن كان بينهما اتصال؛ ألا ترى أن جواز بيع أذرع من الثوب كجواز بيع أحد الثوبين دون الآخر؟ وليس كذلك إذا كان على الحي؛ لأنه لا يمكن استيفاؤه كاملاً؛ لما يلحق البهيمة من الضرر في ذلك، فإذاً لم يكونا - أعني الجلد والصوف - في حكم المنفصلين.

مسألة: في بيع الشيء واستثناء نتاجه

قال: ولا بأس أن يبيع الأرض ويستثني زرعها، والنخل ويستثني ثمرها، والشاة ويستثني لبنها، ولا بأس أن يبيع الجارية ويعتق ما في بطنها.

جميع ذلك منصوص عليه في (المنتخب)[٤].

فأما قول يحيى: لا بأس ببيع الأرض مع استثناء زرعها، فيجب أن يكون محمولاً على أحد وجهين: أحدهما : أن يقال فيه: إنه عبر بالزرع عن الغرس على سبيل التجوز. والثاني : أن يكون فيمن باع أرضاً مع ما فيها من الزرع، ثم استثنى[٥] شيئاً من جملة الزرع؛ لأن الأرض إذا أطلق بيعها، لم يدخل الزرع فيها، ودخلت الأشجار، ذكر ذلك أبو العباس الحسني في (النصوص)، وهو مما لا أحفظ فيه خلافاً، فلا معنى لقول من قال: يجوز بيع الأرض واستثناء الزرع إلا على الوجهين الذين ذكرناهما؛ لأن

(١) لم أعثر عليه في الأحكام في مظانه، وهو في المنتخب ٢٢٣.
(٢) انظر: الأحكام ٢/٥٣.
(٣) في (أ): ظهورها.
(٤) انظر: المنتخب ٢٢٠.
(٥) في (ب): يستثني.

الاستثناء إنما يصح فيما لولاه لدخل في جملة المستثنى منه، وهذا مما لا خلاف فيه، وكذلك لا خلاف في جواز بيع النخيل واستثناء ثمرها إذا وقع العقد على وجه يقتضي اشتماله على الثمر.

فأما بيع الجارية وإعتاق ما في بطنها من الولد، فالكلام فيه هو الكلام في الذي تقدم في بيع الناقة واستثناء ما في بطنها من الولد، فلا غرض في إعادته.

وبيع الشاة واستثناء لبنها مبني على هاتين المسألتين - أعني بيع الناقة واستثناء ما في بطنها من الولد، وبيع الجارية وإعتاق ما في بطنها - والكلام فيه نحو /٣٥/ الكلام في المسألتين.

مسألة: في بيع الكلب والهر

قال: ولا يجوز بيع الكلب، قال: وقال القاسم: إلا أن يكون كلباً ينتفع به في زرع، أو ضرع، أو صيد.

قال القاسم - عليه السلام -: لا بأس ببيع الهر.

نص يحيى[١] في (الأحكام) [٢] على تحريم ثمن الكلب، ونص القاسم في (النيروسي) على أن ثمن الكلب يحل، إذا كان كلب صيد، أو ماشية، أو زرع، ورأينا أن نبني قول يحيى على قول القاسم - عليهما السلام - ثم تأملناه فضل التأمل، فلم نجد في كلام يحيى ما يقتضي ذلك، فالأولى أن تكون المسألة خلافاً بينهما.

فوجه ما يذهب إليه يحيى - عليه السلام - من عدم جواز بيعه:

ما أخبرنا به أبو بكر المقري، حدثنا الطحاوي، حدثنا يونس، حدثنا سفيان، عن الزهري، عن أبي بكر بن عبد الرحمن بن الحارث بن هشام، عن أبي مسعود أن النبي - صلى الله عليه وآله وسلم - نهى عن ثمن الكلب، ومهر البغي، وحلوان الكاهن[٣].

---

(١) في (ب): نص في الأحكام.

(٢) انظر: الأحكام ٢/٤٥٦.

(٣) أخرجه الطحاوي في شرح معاني الآثار ٤/٥١.

وأخبرنا أبو بكر المقري، قال: حدثنا الطحاوي، قال: حدثنا فهد، قال حدثنا أبوغسان، حدثنا زهير بن معاوية، حدثنا[١] عبد الكريم الجزري، عن قيس بن حبيب، عن ابن عباس، عن النبي – صلى الله عليه وآله وسلم– قال: «ثمن الكلب حرام»[٢].

وأخبرنا أبو بكر المقري، قال: حدثنا الطحاوي، قال: حدثنا ابن أبي داود، قال: حدثنا[٣] عمرو بن خالد، قال: حدثنا ابن لهيعة، عن عبيد الله بن أبي جعفر، أن صفوان بن سليم أخبره، عن نافع، عن ابن عمر، أن النبي – صلى الله عليه وآله وسلم – نهى عن ثمن الكلب وإن كان ضارياً[٤].

فإن قيل: هذا كان في وقت أمر النبي – صلى الله عليه وآله وسلم – بقتل الكلاب، ثم نسخ ذلك بأن أذن النبي – صلى الله عليه وآله وسلم – في اقتناء كلب الماشية، والزرع، والصيد، [فـ]نسخ ما رويتموه.

قيل له: الإذن إنما ورد في الاقتناء دون البيع، ولم يرد في شيء من الأخبار الإذنُ في البيع، فكيف يُدَّعى نسخ ما رويناه؟ على أن ابن عمر روى أن رسول الله – صلى الله عليه وآله وسلم – أمر بقتل الكلاب، إلا كلب صيد، أو كلب ماشية، ثم رُوينا عنه – صلى الله عليه وآله وسلم – النهي عن ثمن الكلب، وإن كان ضارياً؛ فدل ذلك على أن النهي عن ثمن الكلب قائمٌ، وإن كان الكلب ضارياً مع إباحة اقتنائه؛ فدل[٥] ذلك على سقوط ما ادعوه من النسخ.

مسألة: في بيع العَذِرَة والخمر والميتة

قال: ولا يجوز بيع العذرة، ولا الميتة، ولا الخمر، وهذا مما لا خلاف فيه. [وهو منصوص عليه في (الأحكام)[٦]].

---

(١) في (أ): أخبرنا.
(٢) أخرجه الطحاوي في شرح معاني الآثار ٥٢/٤ وفيه عن قيس بن حَبْتَر.
(٣) سقط من (أ) قال حدثنا.
(٤) أخرجه الطحاوي في شرح معاني الآثار ٥٢/٤.
(٥) في (أ، ب): ودل.
(٦) انظر: الأحكام ٣٩/٢.

ويدل على ذلك قول الله تعالى: ﴿حُرِّمَتْ عَلَيْكُم الْمَيْتَةُ وَالدَّمُ﴾ (المائدة/٣)، وقوله: ﴿إِنَّمَا الْخَمْرُ وَالْمَيْسِرُ﴾، إلى قوله: ﴿فَاجْتَنِبُوهُ﴾ (المائدة ٩٠)، والمنع والتحريم يتعلقان بالتصرف فيها، وهما عامان في جميع التصرف، والبيع من جملة التصرف، فوجب تحريمه والمنع منه.

وروى زيد بن على، عن أبيه، عن جده، عن علي - عليهم السلام - قال: «نهى رسول الله صلى الله عليه وآله /٣٦/ وسلم عن بيع العذرة، والختزير، والخمر».

مسألة: في بيع ما يستخدمه المشتري في معصية

قال القاسم - عليه السلام -: ولا يستحب بيع العصير والعنب ممن يتخذهما خمراً، فإن باعهما منه، جاز البيع.

ووجه الكراهة: أنه عون له على الإثم، والفعل الحرام، وقد قال الله تعالى: ﴿وَلا تَعَاوَنُوا عَلَى الإِثْمِ وَالْعُدْوَانِ﴾(المائدة:٢).

ووجه جواز البيع: أنهما مباحان يجوز الانتفاع بهما، فأشبه[1] بيعهما ممن لا يتخذهما خمراً، وقد قال الله تعالى: ﴿وَأَحَلَّ اللهُ الْبَيْعَ﴾، وقال: ﴿لا تَأْكُلُوا أَمْوَالَكُم بَيْنَكُم بِالْبَاطِلِ إِلاَّ أَن تَكُونَ تِجَارَةً عَن تَرَاضٍ﴾ (النساء ٢٩)، وهذه تجارة عن تراض.

فإن قيل: فهلاً أبطلتموه لأنه عون على الإثم والعدوان؟

قيل له: ليس ذلك عون على التحقيق، لأن المعين لا يكون معيناً إلا إذا قصد الإعانة، ولهذا لا نقول: إن الله يعين على المعاصي، وإن أقدر عليها؛ ومعنى قولنا: إنه عون على الإثم على التقريب والتشبيه بالعون من حيث كان تمكيناً منه، لولا ذلك كان محرماً، ولم يكن مكروهاً.

مسألة: في بيع المستأجر

قال: ولا يجوز بيع ما عقد عليه الإجارة دون انقضاء مدتها، فإن كان البائع مضطراً، نقضت[2] الإجارة، وجاز البيع.

---

(١) في (أ): فأشبه بيعهما بيعهما ممن.

(٢) في (أ): انقضَت.

[وهذا منصوص عليه في (المنتخب) [(١)]]

معنى قولنا: لا يجوز بيع ما عقدت عليه الإجارة، أن بيعه لا يتم إلا بتسليم المبيع؛ لأن تسليمه لا يصح لحق المستأجِر.

يدل على ذلك أن المبيع لو تلف قبل التسليم، تلف من مال البائع، فدل[(٢)] ذلك على أن البيع لا يتم، وليس المعنى أنه لا يصح؛ لأنه إنما قال في (المنتخب)[(٣)] إن البائع[(٤)] إن كان موسراً كان الكراء على حاله، و لم يقل: إن البيع يبطل[(٥)].

ووجه قولنا: إنه إن كان البائع مضطراً، انتقضت الإجارة، وجاز البيع، ومعناه: تم، ونفذ، وصح التسليم؛ لأن من مذهبنا أن الإجارة تنتقض للعذر، على ما نبينه في كتاب الإجارة، فإذا كان البيع للعذر، انتقضت الإجارة، فصح التسليم؛ لأن الذي منع من التسليم إنما كان حق المستأجِر، فإذا انتقضت الإجارة، وبطل حق المستأجِر، لم يكن هناك مانع من التسليم، فصح التسليم، وتم البيع.

فأما إذا باعها لا عن ضرورة، فالأقرب على مذهبنا ما روي عن أبي يوسف أنه يكون عيباً في المبيع، فإن رضي به المشتري، صبر حتى تنقض مدة الإجارة، ويُسلَّم، وإن لم يرضَ به، انفسخ البيع، وذلك أن تعذر التسليم فيه في الحال أكثر ما فيه أنه يوجب نقصاً فيه، فوجب أن تجري مجرى سائر العيوب، وليس كذلك حال بيع العبد الآبق؛ لأن ذلك مما يتعذر تسليمه من غير توقيت، فيجب أن يكون للمشتري الخيار في فسخه، وإن كان علمه حين اشترى، ورضي به[(٦)]، والمستأجر يصح تسليمه /٣٧/ بعد انقضاء مدة معلومة، فتعذُّر التسليم إنما هو مدة معلومة فهو كالعيب، وفي الآبق لا حد لتعذر التسليم، فكأنه ممنوع من تمام البيع؛ وحكي عن أبي حنيفة أن للمستأجر

---

(١) انظر: المنتخب ٢٧٤.
(٢) في (أ): يدل.
(٣) انظر: المنتخب ٢٧٤.
(٤) في (ب): البيع.
(٥) قال في المنتخب في ص٢٨٤: بيع بالكل؛ لأنه لا يجوز بيع ما أكرى حتى تنقض مدة الإجارة.
(٦) في (أ): به المستأجر.

منع المشتري ونقض البيع عليه، وعن محمد، عن أبي حنيفة: أنه ليس للمستأجر نقض البيع، ولكنه إن أجاز البيع، كان في ذلك إبطال ما بقي من الإجارة.

قال أبو بكر الجصاص: لا وجه لما حكي عن أبي حنيفة أولاً، وذلك أن حق المستأجر يتعلق باستيفاء المنافع، وهو يمكنه استيفاءها مع بقاء البيع.

وقال أبو بكر: والصحيح ما رواه محمد، عن أبي حنيفة، وهذا غير بعيد؛ لأنه إذا أجاز[1] البيع، فقد أجاز إتمامه وتنفيذه، وفي ذلك تسليم المبيع، وإذا رضي بتسليمه، فقد رضي بإبطال حقه المتعلق به من استيفائه منافعه؛ وشبَّهه بمن باع عبداً، فأبق قبل التسليم، في أن المشتري إن شاء، صبر حتى تنقضي المدة، وإن شاء، فسخ الشراء، والأصح عندي ما حكيناه للفرق الذي بيناه.

مسألة: في المبيع يكون كما ذكر البائع أو على خلافه

قال: ولو أن رجلاً باع عِدَلاً على أن فيه مائة ثوب، أو أقل، أو أكثر، فوجده المشتري على ما اشتراه، كان ذلك جائزاً، فإن وجده زائداً، جاز أيضاً البيع، ورد على البائع ما زاد من الثياب وسطاً، وإن وجده ناقصاً، كان البيع منتقضاً .

[وهذا منصوص عليه في (المنتخب)][2].

أما إذا وجده على ما اشتراه، فلا خلاف في جواز بيعه.

وأما إذا وجده زائداً، فعند أصحاب أبي حنيفة أن البيع يفسد، وحكي عن ابن سريج أنه إن زاد، كان الخيار للبائع في تسليم جميعه بالثمن، وفسخ البيع، وإن نقص، كان الخيار للمشتري في أن يرضى به بجميع الثمن، أو أن يفسخ البيع.

ووجه ما قلناه من صحة البيع في الزيادة: أن الذين أفسدوه من أصحاب أبي حنيفة إنما أفسدوه للتفاوت الواقع فيه، بدلالة أنه لا خلاف بيننا وبينهم في أن من باع صُبرة على أن فيها مائة قفيز بر، فوجدها تزيد قفيزاً واحداً، أن البيع يصح في المائة، ويرد

---

(١) في (أ): جاز.

(٢) انظر: المنتخب ١٩٠.

القفيز الزائد؛ وإذا كان ذلك كذلك، كان يكون الوسط مزيلاً للتفاوت، فوجب أن يصح البيع؛ ألا ترى أن كل ما قصد فيه رفع التفاوت يقصد فيه إلى الوسط، كمهر المثل، وزكاة الماشية، أنه يؤخذ فيها الوسط، وما أشبه ذلك.

وإن شئت ذلك (قياساً، فقلت: إن البيع)[1] تناوله، وصح رفع الزائد مع إزالة التفاوت، فأشبه بيع القفزان.

وذكر أبو العباس وجهاً آخر[2] لهذه المسألة، وهو أنه قال: متى وجب حمل بيعات[3] المسلمين وعقودهم على الصحة ما أمكن، وجب حمل هذا العقد على أنه باع من الجملة مائة جزء (من مائة جزء)[4]، وجزء شائع؛ لأنه لو باع على هذا الوجه، وصرح به، لصح البيع بالإجماع، فيجب حمل العقد على هذا الوجه، ويجب أن /٣٨/ يكون رد ما يرده على سبيل القسمة؛ وليس لأصحاب أبي حنيفة أن ينكروا ذلك من حيث (لم يتلفظ المتبايعان به؛ لأنه لا خلاف بيننا وبينهم أن من باع سيفاً محلىً بفضة بنقرة زائدة على ما في السيف، أن البيع يصح، ويحمل على أنه باع نقرة بنقرة، مثلاً بمثل، يداً بيد، وأن الزائد من النقرة باع الحديد به، وإن لم يكن البائعان تلفظا به من حيث)[5] صح صرف العقد إلى ذلك، فكذلك ما اختلفنا فيه، ويؤكد ذلك بالظواهر، لقول الله تعالى: ﴿يَأَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا أَوْفُوا بِالْعُقُودِ﴾ (المائدة/١)، وقوله: ﴿إِلاَّ أَن تَكُونَ تِجَارَةً عَن تَرَاضٍ مِّنكُمْ﴾ (النساء/٢٩)، وقوله: ﴿وَأَحَلَّ اللهُ الْبَيْعَ﴾ (البقرة: ٢٧٥).

فأما ما حكي عن ابن سريج أن البائع مخير بين تسليم الجميع بالثمن، وبين فسخ البيع، فلا معنى له؛ لأن العقد لم يتناول الجميع، فكيف يحكم بالتسليم بحق العقد، وليس الزائد مما يصح أن يقال: إنه يدخل في العقد على سبيل التبع كالزوائد التي تحصل من المبيع، أو ما له من الحقوق؟

---

(١) ما بين القوسين بياض في (أ).

(٢) في (أ): وجهاً آخر وهو.

(٣) في (أ): بياعات.

(٤) نقص في (ب) ما بين القوسين.

(٥) ما بين القوسين ساقط من (أ).

فأما إذا نقص، فيجب أن يفسد البيع؛ لأنه بيع ما ليس عنده الذي نهى رسول الله - صلى الله عليه وآله وسلم - عنه، وصار ما تناوله العقد مفقوداً، فأشبه أن يبيع ثوباً ليس بموجود العين، فوجب فساده، ولا معنى لما حكي عن ابن سريج من تثبيت الخيار للمشتري؛ لأن ما انطوى عليه العقد ليس بحاصل؛ والتخيير يصح بعد حصول ما ينطوي عليه العقد.

مسألة: في بيع الشيء عدداً، أو بيعه في ظرف

قال: ولا بأس ببيع الشيء عدداً كل قدر منه بثمن معلوم، وكذلك [1] إذا اشترى ذلك في ظرف، وقد عرف وزنه، وطرح قدره، كان ذلك جائزاً .

[وهو منصوص عليه في (الأحكام) (والمنتخب)][2]؛ وكان أبو حنيفة يقول فيمن اشترى صبرة من طعام على أن كل قفيز بدرهم: إن البيع يصح في قفيز واحد منها.

وقال أبو يوسف ومحمد: يصح البيع في الجميع، والذي يقتضي إطلاق أصحابنا في الشيء يباع عدداً هو أن يكون قولنا في المكيل كقول أبي يوسف ومحمد؛ إذ العدد في هذا الباب كالكيل في المكيل.

ووجه صحة ذلك: أن المبيع مما يجب صحة بيعه، وليس فيه إلا كون جملة الثمن غير معلومة، وهي تصير معلومة بالعدد في المعدود، والكيل في المكيل، فيجب أن يكون البيع صحيحاً؛ دليله بيع التولية، وبيع المرابحة؛ ألا ترى أن من قال: بعتك هذه السلعة برأس المال، أو بربح[3] عشرة ، اثني عشر، يصح بيعه، وإن كان حين وقوع البيع جملة الثمن غير معلومة؛ لأنها تصير في الحال الثانية معلومة، فكذلك ما اختلفنا فيه.

وأما بيع الموزون في الظرف بوزن معلوم، فيجب أن يصح إذا كان وزن الظرف معلوماً، وطرح مقداره، لأنَّ البيع يكون وزنه معلوماً في أن وزن المبيع يكون معلوماً،

---

(١) في (ب): إن.

(٢) انظر: الأحكام ٦٥/٢. والمنتخب ١٩١ ، ٢٢٧ ، ٤٢٠.

(٣) في (ب): على ربح.

لأنه لا فصل بين أن يوزن[١] شيء مائة وزن، وبين أن يوزن مع غيره مائة وعشرة إذا كان ذلك الغير قد علم وزنه عشرة.

مسألة: في بيع العرصة مع الجدار والسقوف مذارعة

قال: ولا بأس ببيع العرصة مع الجدار المحيط بها مذارعة. فأما السقوف، فلا يجوز بيعها /٣٩/ مذارعة.

نص في (المنتخب)[٢] على هذا فقال: إذا اشترى رجل عرصة لدار مع الجدار المحيط به[٣] كل ذراع بشيء معروف، صح الشراء.

ووجهه: ما قدمناه[٤] في شراء الشيء عدداً كل قدر منه بثمن معلوم، ولأن هذا أيضاً يصح شراؤه، وذلك ليس فيه إلا جهالة القدر، وهي تصير معلومة بالذرع، (فوجب أن يصح) [٥].

قال أبو العباس الحسني: فإن قال: بعتك على أنه كذا[٦] وكذا ذراعاً، كل ذراع بكذا، صح؛ فإن وجدها زائداً، كان عليه قسط الزائد من الثمن، وإن نقص، بطل، وكأنه[٧] - رحمه الله - شبهه[٨] بما نص عليه في (المنتخب) [٩] في شراء الثياب في العِدَل كل ثوب بكذا في باب الصحة والبطلان، وليس ذلك ببعيد.

وفصل بينه وبين شراء الثوب في أنه (ألزمه ثمن ما زاد، و) [١٠] لم يوجب تركه على

---

(١) في (أ): يكون.
(٢) انظر: المنتخب ١٩١.
(٣) في (أ): أنه.
(٤) في (ب): قدمنا.
(٥) سقط من (أ) ما بين القوسين.
(٦) في (أ): على أنها كذا ذراعاً بكذا صح.
(٧) في (أ): لأنه.
(٨) في (أ): يشبهه.
(٩) انظر: المنتخب ١٩٠.
(١٠) سقط من (أ) ما بين القوسين.

البائع، كما يوجب[١] في الثياب؛ لأنه علق البيع على الذرعان، وفي الثياب علق البيع (على مائة ثوب في العدل؛ لأنه لو أمر برد الذراع على البائع)[٢] كان قد أدخل الضرر على البائع؛ لأن الذراع الواحد ربما لم ينفع[٣]، وليس[٤] كذلك الثوب الواحد، فإنه ينتفع به، والله أعلم.

قال أبو العباس الحسني – رضي الله عنه –: فإن باعه الدار على أنها مائة ذراع، فوجدها زائدة، وجب البيع، ولم يلزم المشتري شيء للزيادة؛ قال: كأنه اشترى عبداً على أنه أعور، فوجده سليماً، لا شيء على المشتري بسلامة العين الأخرى.

ونص في (المنتخب) [٥] على[٦] فساد بيع السقوف مذراعة، وعلل ذلك بالتفاوت بين الخشبات في الجودة والرداءة، والقلة والكثرة، والحسن والقبح، قال[٧]: وليس كذلك بيع العرصة والجدار، فليس فيهما من التفاوت ما هو في السقوف.

مسألة: في قول المشتري بع مني هذا بمثل ما تبيع للناس

قال: ولو أن رجلاً اشترى من رجل متاعاً، فقال: أخذته منك بمثل ما تبيع الناس، كان البيع صحيحاً إن كان صاحب المتاع باع صدراً منه بثمن معلوم على سعر واحد، ولم يكن السعر تغير، فإن كان البائع لم يبع منه شيئاً، كان البيع فاسداً؛ لأنه غرر، ولو كان باعه بأسعار مختلفة، كان أيضاً فاسداً ، تخريجاً.

نص في (المنتخب) [٨] على فساد هذا البيع إذا لم يكن باع منه شيئاً، وعلل فساده بأن قال: إذا لم يكن باع منه شيئاً يكون الثمن مجهولاً؛ ونص على صحته إذا علم الثمن بما تقدم من البيع.

---

(١) في (أ): أوجب.

(٢) ما بين القوسين بياض في (أ).

(٣) في (أ): لم ينتفع به.

(٤) في (أ،ب): فليس.

(٥) انظر: المنتخب ١٩١.

(٦) سقطت على في (أ).

(٧) سقطت قال في (أ).

(٨) انظر: المنتخب ١٩٢ ، ٢٠٢.

وقلنا: تخريجاً إن كان باعه بأسعار مختلفة يفسد البيع؛ لأن الثمن يعود مجهولاً.

ووجه صحة البيع: أن لفظة المستقبل استعملت في من كان في الفعل إذا كانت الأفعال كثيرة، وإن كان مضى منها فعل، فيقال: فلان يصلي، وفلان يزرع، وفلان يخيط، فيكون ذلك /٤٠/ مصروفاً (إلى الماضي والمستقبل، وإن كان قد مضى كثير منه، فيحمل قوله بما يبيع الناس على هذا الوجه، وكان مصروفاً إلى ما مضى؛ لأن عقود المسلمين محمولة على الصحة ما أمكن، وليس يمكن حمل هذا العقد على الصحة إلا على هذا الوجه الذي قلناه، ولا يجوز أن يكون ذلك مصروفاً)[١] إلى ما يبيع على الاستقبال، لأن الثمن يكون مجهولاً، ولأنه يؤدي إلى الغرر.

مسألة: بيع السهام الموروثة غير المسماة

قال: ولو أن رجلاً ورث سهاماً من ضيعة، أو حوانيت، فباعها من غير قسمة السهام، كان البيع جائزاً إذا كانت السهام معلومة، فإن لم تكن معلومة، فسد البيع.

[وهو منصوص عليه في المنتخب][٢] .

وذلك أن ذكر السهام يجب[٣] ليكون نصيبه الذي يتناوله البيع معلوماً؛ فإذا كان ذلك معلوماً، صح أن يقول: بعت نصيبي الذي ورثته من فلان؛ لأنه إذا كان ورث الثلث، أو النصف، أو ما دونهما؛ أو فوقهما، وكان ذلك معلوماً للبائع والمشتري، فلا فرق بين أن يذكر في البيع النصيب بالسهام، وبين أن يقول: نصيبي الذي ورثته، فلما لم يكن بين العبارتين فرق، صح البيع بإحدى العبارتين، ويجب أن يصح بالأخرى (إذا كانت السهام معلومة)[٤].

أما إذا لم تكن السهام[٥] معلومة لواحد منهما، فواجب[٦] أن يفسد؛ لأن البيع يكون مجهولاً لأحدهما أو لهما، وذلك مفسد للبيع.

---

(١) ما بين القوسين سقط من (أ).

(٢) انظر: المنتخب ٢١٨.

(٣) سقطت: يجب من (أ).

(٤) ما بين القوسين بياض في (ب).

(٥) في (ب): فأما إذا لم تكن معلومة.

(٦) في (أ): فوجب.

مسألة: في بيع المعاطاة

ولو أن رجلاً أخذ من رجل طعاماً أو غيره بكيل، أو وزن، أو عدد، لم يكن ذلك بيعاً، فإن أخذه بدراهم معلومة، كان ذلك بيعاً، ولا فرق بين أن يأخذ ذلك دفعة أو دفعتين[١] في المسألتين جميعاً.

[وهو منصوص عليه في المنتخب] [٢].

كان القياس ألا يكون بيعاً؛ لأنه لم يحصل فيه إيجاب وقبول، والعقود من البيوع وغيرها لا تصح إلا بالقبول والإيجاب بألفاظ موضوعة لذلك؛ إلا أن أصحابنا أجازوا ذلك في إنشاء المحقرات، كالمأكول، ونحوه، لما جرت العادة بين المسلمين، وظهر تعاملهم به على السلف والخلف، وهو المحكي عن أصحاب أبي حنيفة، وذلك مما أجمع عليه المسلمون، على أن الهدايا لا تحتاج إلى لفظ القبول والإيجاب، وكذلك أجمعوا على التسمح في دخول الحمام وإن لم يكن هناك موافقة على مقدار الأجرة لما ظهر[٣] من تعامل المسلمين به، فكذلك ما ذكرناه للعلة التي بيناها.

مسألة: في زيادة البائع على ما طلب المشتري

قال: ولو أن رجلاً قال للبقال: لت لي هذا السويق بأوقية دهن، فلته بأوقيتين، لم يجب عليه إلا ثمن أوقية، وكان في الثانية متبرعاً؛ وإن كان قال: لته، ولم يسم الأواقي، وجب عليه قيمة ما يلته به، إلا أن يتجاوز في ذلك حتى يفسد السويق، فإنه يضمن السويق لصاحبه.

[وهو منصوص عليه في المنتخب] [٤]

قلنا: إنه في الثانية متبرع؛ لأنه صب عليه من الدهن ما لم يأمره به صاحبه، فيجري

---

(١) في (ب): دفعاً.
(٢) انظر: المنتخب ٢٢٥.
(٣) في (أ): ظهر به.
(٤) انظر: المنتخب ٢٢٦.

مجرى أن يصب الدهن[١] عليه ابتداء في أنه لا يستحق به شيئاً، لأنه متبرع، وحكمه في الثانية حكم الابتداء؛ لأن صاحب السويق أمره بالأوقية الأولى فقط.

وقلنا: إنه إذا قال: لته، و لم يسم الأواقي، فعليه قيمة جميع ما يصب /٤١/ عليه من الدهن، لأنه أذن له بلفظ عام، فهو يتناول جميع ما يصبه عليه ما لم يفرط حتى يفسده، فلذلك أوجبنا قيمة الجميع؛ لأنه إن أفسد[٢] السويق بكثرة الدهن، ضمنه لصاحبه، لأنه أفسد ملك غيره بغير إذنه، فيجب أن يضمنه.

مسألة: في الإقالة مع الحط من الثمن

قال: ولو أن رجلاً اشترى من رجل سلعة، ثم كرهها، واستقال البائع، فأبى أن يقيله إلا أن يحط من الثمن شيئاً، لم يجز ذلك؛ لأن الإقالة لا تكون إلا بالثمن كله، فإن ترك المستقيل شيئاً من الثمن من غير أن يشترطه المقيل، جاز ذلك.

نص على ذلك في (الأحكام) [٣] و(المنتخب) [٤] جميعاً.

ووجهه: أن الإقالة عنده بيع مستأنف، وهي جارية مجرى التولية في أنها عقد بجميع الثمن؛ فإذا قال: أقلتك هذه السلعة على أن تحطني كذا وكذا، كان ذلك فاسداً؛ لأنه يجري مجرى أن تقول: بعتك هذه السلعة بعشرة على أن تحطني[٥] درهمين، فيفسد البيع لجهالة الثمن؛ لأنه لا يجوز أن يكون الثمن عشرة؛ لأن المشتري لم يرضَ، ولا أن يكون ثمانية؛ لأن العقد لم ينعقد عليها، وكذلك إذا قال أقلتك، والثمن عشرة، كأنه قال: اشتريت منك بعشرة على أن تحطني درهمين، فوجب فساد الإقالة؛ لأن ما تقع الإقالة به - وهو الثمن - يصير في حكم المجهول.

وقلنا: إن المستقيل إذا ترك شيئاً تبرعاً، صح ذلك؛ لأن ذلك لم يعترض العقد، فوجب أن تصح الإقالة.

---

(١) في (أ): يصب عليه.

(٢) في (أ): إذا فسد.

(٣) انظر: الأحكام ٢/٥٤.

(٤) انظر: المنتخب ١٩٦.

(٥) في (أ): على تحطني.

مسألة: في بيع الشيء نظرة ثم شراؤه بأقل حاضراً

قال: وإذا باع شيئاً نَظِرةً لم يجز أن يبتاعه من المشتري بأقل من ثمنه، إلا أن تكون السلعة قد نقصت قيمتها، فإنه لا بأس به.

نص عليه في (الأحكام)[1] و(المنتخب)[2] جميعاً.

والأصل فيه: ما روي أن امرأة سألت عائشة فقالت: إني بعت من زيد بن أرقم خادماً بثمانمائة درهم إلى العطاء، ثم اشتريته بستمائة درهم. فقالت: بئس ما شريت، وبئس ما اشتريت، أبلغي زيد بن أرقم أن الله قد أبطل جهاده مع رسول الله - صلى الله عليه وآله وسلم - إن لم يتب[3]. فدل هذا الخبر من وجهين على أنها قالت ما قالته عن نص[4] عن رسول الله - صلى الله عليه وآله وسلم -:

أحدهما : أن الوعيد لا يلزم الصحابي إذا خالف الصحابي فيما طريقه الاجتهاد، ولم يكن[5] طريقه مخالفة للنص؛ فلما ألزمته الوعيد، دل ذلك على أن زيداً خالف النص.

والثاني : أن مقادير أجزاء الثواب والعقاب لا يمكن العلم بها إلا من طريق النص.

وقولها: إن الله - عز وجل - قد أبطل جهاده، يدل على أن أجزاء العقاب على الفعل كانت أكثر من أجزاء ثوابه، وهذا لا بد من أن يكون طريقه النص.

فإن قيل: ما أنكرتم أن يكون الوعيد منصرفاً إلى البيع إلى العطاء؟

قيل له: ظاهر كلامها أن الوعيد منصرف إلى الأمرين؛ لأنها قالت: بئس ما شريت، وبئس ما اشتريت، على أن /٤٢/ البيع إلى العطاء مما اختلف فيه الصحابة،

---

(١) انظر: الأحكام ٢/٥٩.
(٢) انظر: المنتخب ١٩٧.
(٣) سقط من (أ) إن لم يتب.
(٤) في (أ): قالته بنص.
(٥) في (أ): ولم يكن مخالفة للنص فلما ألزمته دل.

وظاهر كلام عائشة يدل على أنها أجازته؛ لأنه لو لم يجز، لكان البيع الثاني فسخاً له.

فإن قيل: فما السبب الذي من أجله أنكرت البيع الأول؟

قيل له: يحتمل أن تكون علمت أن البيع الأول أوقعاه ليتوصلا به إلى البيع الثاني المحظور.

ومن أصحابنا من قال: أنكرت البيع الأول لأنه انطوى على الزيادة، وهذا عند يحيى بن الحسين جنس من الربا على ما مضى القول فيه.

فإن قيل: إنكم أبطلتم فعل زيد لقول عائشة، وادعيتم أنها قالت ما قالت على النص، فما تنكرون على من قال لكم[1]: نحن نبطل قول عائشة بفعل زيد، وندعي أنه فعل ما فعل عن النص؟

قيل له: ليس في فعل زيد ما يدل على النص؛ لأن الفعل قد يقع باجتهاد المجتهد، وقول عائشة: إن الله[2] قد أبطل جهاده، لا يجوز أن يكون إلا عن النص؛ لأن ذلك لا طريق إلى معرفته إلا من جهة النص.

فإن قيل: القياس يشهد لنا؛ لأن له أن يبيعه من بائعه بأكثر من ثمنه، وبمثل ثمنه، ويجوز له أن يبيعه من غيره بأقل من ثمنه، فوجب أن يجوز بيعه منه بأقل من ثمنه.

قيل له: لا يمتنع أن القياس ما ذهبتم إليه، لكن النص يدل على خلافه على ما بيناه؛ فوجب أن يسقط القياس، على أنه لا خلاف أن القرض الذي يَجُر المنفعة لا يحل، بل يحرم، فكذلك ما اختلفنا فيه؛ والعلة أنه يثمر الربا.

ويدل على صحة هذا التعليل: أن التي سألت عائشة قالت: أرأيتِ إن لم آخذ إلا رأس مالي؟ فقالت: ﴿فَمَن جَاءَهُ مَوعِظَةٌ مِّن رَّبِهِ فَانتَهَى فَلَهُ مَا سَلَفَ﴾(البقرة: ٢٧٥)، فأجرته مجرى الربا.

---

(١) في (أ): ليس لكم.
(٢) في (أ): الله أبطل.

وقال أبو حنيفة وأصحابه مثل قولنا. وخالف الشافعي فقال بجوازه.

وقلنا: إلا أن تكون نقصت قيمتها، فإنه لا بأس بذلك، ووجهه زوال[١] التهمة، ولأن الخبر ورد في فعل، فما يمكن ادعاء العموم فيه؛ ويجوز أن تكون أنكرت لكون المبيع على ما كان عليه في باب التقويم؛ وإذا احتمل ذلك، رجعنا إلى القياس والظواهر المجيزة للبيع؛ لأنا كنا عدلنا عن ذلك للنص، ولا نعلم ورود النص مع نقصان القيمة.

مسألة: في اشتمال البيع على شيء لا يصح بيعه

قال: ولو أن رجلاً اشترى عبدين صفقة، فوجد أحدهما حراً، أو مكاتباً، أو مدبراً، كان البيع فاسداً، فإن تميزت الأثمان، صح البيع في من جاز بيعه دون من لم يجز.

وكذلك القول فيمن اشترى شاتين مذبوحتين، فوجد إحداهما ذبيحة من لا يجوز أكل ذبيحته، أو ميتة.

[وهو منصوص عليه في المنتخب] [٢].

في المسألتين قال أبو /٤٣/ حنيفة كقولنا؛ وللشافعي قولان: أحدهما مثل قولنا، والثاني : أن البيع يصح فيما يجوز بيعه، وللمشتري الخيار بين أخذه بجميع الثمن، وبين رده، وأجرى ذلك مجرى العيب، وحكي قول ثالث: أنه يأخذه بقسطه من الثمن، وذلك لا يصح عندنا في هذه المسألة، وإنما يصح إذا باع عبدين أحدهما له، والآخر لغيره بغير إذن صاحبه.

ووجه قولنا في هذه المسألة: أن البيع وقع فاسداً؛ لانطوائه على ما لا يصح بيعه من الحر والميتة، فأشبه البيع المنطوي على خيار مجهول المدة (أو أجل بثمن مجهول، في أنه لما انطوى على ما لا يصح)[٣] وجب فساده، فكذلك[٤] ما اختلفنا فيه، ولا يلزم على

---

(١) سقطت: زوال من (أ).

(٢) انظر: المنتخب ١٨٩ - ١٩٠.

(٣) ما بين القوسين بياض في (أ).

(٤) في (أ): كذلك.

المسألة أن يبيع ملكه وملك غيره؛ لأن هذا البيع لم ينطو على فساد؛ لأنه عقد موقوف، ومتى أجازه المالك، صح، واستقر؛ ولا يلزم عليه أن يتزوج امرأتين في عقد واحد[١]، فوجدت إحداهما ذات رحم محرم؛ لأن انطواء عقد النكاح على الفساد لا يفسد ما صح منه[٢]؛ ألا ترى أن النكاح على الخمر والخنزير يصح وإن فسد المهر، وكذلك انطواؤه على الشروط الفاسدة لا يفسد، كما يفسد البيع انطواؤه على الشروط الفاسدة؟

وأيضاً يجب فساده لوجه آخر، وهو جهالة الثمن؛ لأن تقسيط الثمن على قيمته لا يصح إذا كان ضامَّه في العقد مما لا يصح بيعه، فلا يصح تقويمه[٣]، كما يصح ذلك في العبدين إذا كان أحدهما ملكاً لغيره.

فإن قيل: فهبكم قلتم ذلك في الحر[٤] والميتة، فلِمَ قلتم في المدبر والمكاتب، وقد قلتم إن من تزوج على مدبر، أو مكاتب، أو أم ولد، قُوِّم، وجعل المهر قيمته؟

قيل له: هذا التقويم ليس بصحيح، بل هو على التقدير؛ لأن ما لا يصح بيعه لا يصح تقويمه؛ لكنا لما وجدناه أقرب من مهر المثل، عدلنا إليه، والنكاح يحتمل من الجهالة ما لا يحتمل البيع، فلذلك قلنا ذلك في النكاح، ومنعناه في البيع؛ وهذا يبطل ما قاله الشافعي من تقسيط الثمن إذا كان ما ضامه مما لا يصح بيعه، فأما إذا كان مما يصح بيعه بإجازة مالكه، فبه نقول.

وقول الشافعي: إنه يخير بين أخذه بجميع الثمن لا يصح للوجهين الذين بيناهما، لأن التخيير يكون في العقد الصحيح، أو الموقوف، فأما العقد الفاسد، فلا يصح التخيير فيه؛ لأنه لا يصح التخيير في العقود المنطوية على الشروط المجهولة والغرر، وقد بينا فساد العقد بالوجهين اللذين قدمناهما، فلا معنى للتخيير.

---

(١) في (أ): عقدة فوجدت.
(٢) في (أ): ما صح إلا.
(٣) في (ب): هو به، وظنن على ما أثبتنا في الهامش.
(٤) في (ب): الخمر.

فإن قيل: ألستم تجوزون البيع برأس المال، وإن لم يكن الثمن معلوماً في الحال للمشتري، وكذلك تجوزون[١] بيع الشيء عدداً كل قدر منه بكذا، وإن لم تكن جملة /٤٤/ الثمن معلومة؟ فما أنكرتم أن تكون جهالة الثمن لا توجب فساد هذا العقد؟

قيل له: ما أجزناه[٢] أجزناه لأن الثمن يصير في الثاني معلوماً، ونظيره ما نجيزه إذا باع ملكه مع ملك غيره؛ لأن[٣] ثمن ملكه يصير معلوماً في الحالة الثانية، وإذا باع ما يجوز بيعه، وما لا يجوز بيعه، فلا سبيل إلى أن يصير[٤] الثمن معلوماً؛ لأنه يصير معلوماً بتقسيط الثمن على قيمته، وقيمة ما ضامه، فإذا كان ما ضامه لا قيمة له، لم يصح التقسيط، و لم يصر الثمن معلوماً على وجه من الوجوه.

وقلنا: إن الأثمان إذا[٥] تميزت، صح البيع فيما يجوز بيعه، وذلك أنه يكون بمترلة الصفقتين المتميزتين[٦]، فلا يكون منطوياً على الفساد - أعني صفقة ما يملكه - لأنه إنما قال: بعتك هذين العبدين، هذا بألف، وهذا بخمسمائة، على أنه إذا احتمل أن يحمل على وجه يصح بأن يجعل في حكم الصفقتين، وأمكن أن يجعل في حكم صفقة فيفسده، فالأولى أن يحمل على وجه الصحة كسائر ما مضى في نظائره؛ وبه قال أبو يوسف، ومحمد. وقال أبو حنيفة: هو فاسد بمترلة[٧] لو لم تميز الأثمان. ولا يكون الثمن أيضاً مجهولاً؛ لأن ثمن ما جاز بيعه معلوم، فلم يكن فيه واحد من الوجهين الذين أبطلنا ما أبطلناه بهما، فوجب صحته.

فإن قيل: ما أنكرتم أن تكون الصفقة واحدة وإن تميزت الأثمان؟

قيل له: معنى قولنا: هما صفقتان، أن كل واحد منهما منفرد بحكمه، فأما

---

(١) في (ب): يجوز.
(٢) في (أ): ما أجزناه لأن.
(٣) في (أ): لأن ملكه.
(٤) في (أ): أن يحصل.
(٥) في (أ): إن.
(٦) في (أ): المنفردتين.
(٧) في (أ): بمترلته.

ما يعرض في أحدهما من الفساد، أو الصحة، لا يشاركه فيه صاحبه، وهذا حاصل فيما قلناه.

فإن قيل: ألستم تبطلون عقد من تزوج خمساً في عقدة، وإن تميزت المهور، فما أنكرتم من فساد ما أجزتم في البيع؟

قيل له: لأن الخمس مشتركات في الفساد؛ لأن نكاح الخمس لا يصح، وليست واحدة منهن إلا وهي كصاحبتها في أنها من جملة الخمس، فوجب فساد نكاحهن، وليس كذلك البيع، لأن أحد المبيعين لم يشارك المبيع الثاني فيما أوجب بطلان بيعه، بل نظيره أن يتزوج امرأتين في عقد، فيجد إحداهما ذات رحم محرم.

مسألة: في بيع المشترك من الشريك وغيره

قال: وإذا اشترك جماعة في حمل أَدَمٍ، أو بيت طعام، لم يجز لبعضهم أن يبيع حصته من غير شركائه من قبل التقليب والرؤية، ويكره بيعها من شركائه، (فإن كان قد رآها، لم يكن بأس ببيعها من غير شركائه قبل القسمة)[1]، فأما بعد القسمة، فالشريك وغيره فيها سواء.

[وهذا منصوص عليه في الأحكام] [2]

هذه المسألة مبنية على أن الشركاء لا يعلم كل واحد منهم نصيبه من الأدم، أو الطعام، وذلك بأن يكون كل واحد منهم دفع دراهم معلومة إلى رجل يشتري له بها أدماً أو طعاماً على سبيل التوكيل، ولم يعلم كل واحد مقدار ما دفع صاحبه، وأذنوا للوكيل في الخلط، /٤٥/ فاشترى لهم بيت طعام، أو حمل أدم، أو يكونوا قد نسوا ما لكل واحد منهم؛ فعلى هذا لا يجوز بيعه نصيبه من الأجنبي، ولا من شركائه؛ لأنه لا يعلم ما الذي يبيعه، ولا يعلم المشتري ما الذي يشتريه.

وقوله: ويكره بيعه من شركائه ، هو على المنع، لا على أن غيرهم أولى منهم،

---

(١) سقط ما بين القوسين من (أ).

(٢) نظر الأحكام ٢/٥٨.

وعلى هذا لا فصل بين الأجنبي وبين الشركاء، وإن ذكر في الأجنبي بطلان البيع، وفي الشركاء كراهة البيع؛ لأنهما من طريق المعنى واحد؛ فإن عرفوا حصصهم، وهو الذي أراد بالتقليب، والرؤية، فله أن يبيع من شركائه، وهذا ما[١] لا إشكال فيه.

وقوله: ويكره بيعها من غير شركائه، فالمراد به الكراهة التي هي ضد الاستحباب.

ووجهه: أنه يوجب الشفعة في العروض، وما جرى مجراها، فيكره[٢] ذلك لحق الشفعة.

ولما روي عن النبي - صلى الله عليه وآله وسلم - أنه قال: «لا يصلح للشريك أن يبيع حتى يؤذن شريكه». يعني لحق الشفعة.

وأما الحال بعد القسمة، فلا إشكال فيه.

مسألة: في بيع الحاضر للبادي

قال: ولا بأس أن يبيع الحاضر للبادي.

[وهو منصوص عليه في الأحكام] [٣].

ووجهه: أن توكيل[٤] البدوي للحضري يجوز في النكاح، والطلاق، والخصومة، وفي كل ما صح توكيله فيه مَن ليس بحضري، ويجوز للحضري قبول وكالته فيها، والتصرف عنه، فوجب أن يكون البيع كذلك، سواء كان المبيع طعاماً، أو غيره.

فإن قيل: روي عن النبي - صلى الله عليه وآله وسلم - أنه قال: « لا يبيعنَّ حاضر لباد، دعوا الناس يرزق الله بعضهم من بعض»[٥].

قيل له: المراد بذلك حيث فيه ضرر على المسلمين، فقد روي أن أهل البادية كانوا

---

(١) في (أ): مما.
(٢) في (أ): فكره.
(٣) انظر: الأحكام ٦٢/٢.
(٤) سقطت: توكيل من (أ).
(٥) أخرجه مسلم ١١٥٧/٣ وابن حبان ٣٣٨/١١ والترمذي ٥٢٦/٣ وأبو عوانة ٢٧٣/٣ والنسائي ١٢/٤ عن جابر - رضي الله عنه -.

يردون[١] المدينة، فيبيعون الطعام على ضرب من التساهل كان فيه رفق للمسلمين والضعفاء، وكان الحضري إذا تولى ذلك يتشدد فيه، فنهى النبي - صلى الله عليه وآله وسلم - عن ذلك؛ ومتى كانت الحال هذه، فنحن نكرهه، ونمنع منه للضرر فيه على المسلمين، فقد قال في (الأحكام)[٢]: إن كان كذلك، نظر فيه الإمام، وهذا كالاحتكار الذي (منع منه مع الضرر، ولا يمنع إذا لم يكن ضرر، ونخص الحال التي)[٣] لا ضرر فيها بالقياس الذي قدمناه.

مسألة: في استقبال الجلوبة خارج المصر

قال: ويكره استقبال الجلوبة خارج المصر.

[وهو منصوص عليه في الأحكام] [٤]

ووجهه: ما روي عن النبي - صلى الله عليه وآله وسلم - أنه نهى عن استقبال الجلوبة خارج المصر[٥]، رواه زيد بن علي، عن أبيه، عن جده، عن علي - عليهم السلام - قال: «نهانا النبي - صلى الله عليه وآله وسلم - عن تلقي الركبان»[٦].

وعن عكرمة، عن ابن عباس قال: قال: رسول الله - صلى الله عليه وآله وسلم -: «لا تستقبلوا السوق»[٧].

وعن ابن عمر قال: نهى النبي - صلى الله عليه وآله وسلم - عن تلقي السلع حتى تدخل الأسواق[٨].

وعن أبي هريرة قال: قال رسول الله صلى الله عليه وآله /٤٦/ وسلم: «لا

---

(١) في (أ): يوردون.
(٢) انظر: الأحكام ٦٢/٢.
(٣) ما بين القوسين سقط من (أ).
(٤) انظر: الأحكام ٦٢/٢.
(٥) سقط من (ب) خارج المصر.
(٦) المسند كتاب البيوع، باب الغش والاحتكار. وأخرجه البخاري ٧٥٨/٢، ومسلم ١١٥٥/٣، وابن حبان ١١/ ٣٣٦، وأبو عوانة ٦٢١/٣، وأبو داود ٢٦٩/٣ عن أبي هريرة.
(٧) أخرجه الترمذي ٥٦٨/٣، والبيهقي ٣١٧/٥، والطحاوي ٧/٤ .
(٨) أخرجه مسلم ١١٥٦/٣، وأبو عوانة ٢٦٣/٣، وأبو داود ٢٦٩/٣.

تستقبلوا الجلب، ولا يبيعنَّ حاضر لباد».

وأيضاً قد علمنا أن ذلك يضر المسلمين [(١)]؛ (لأن العادة جارية أنه) [(٢)] متى فُعل ذلك، عزَّ الطعام، وغلا، وارتفع سعره، وأدى إلى الإضرار بالمسلمين؛ وقد قال – صلى الله عليه وآله وسلم –: «لا ضرر ولا ضرار في الإسلام». فجرى ذلك مجرى الاحتكار الذي منع منه لما فيه من الضرر على المسلمين.

فإن علم أنه يسلم من الضرر، فالقياس فيه أنه يجوز، كالاحتكار، وبيع الحاضر للبادي، إلا أن الأغلب أنه[(٣)] لا يكاد يسلم من الضرر.

مسألة: في الحلف على البيع والشراء

قال: ويكره اليمين على البيع والشراء وإن كانت صادقة.

[وهو منصوص عليه في الأحكام] [(٤)].

وذلك لما رواه زيد بن علي، عن أبيه، عن جده، عن علي – عليهم السلام – قال: قال رسول الله – صلى الله عليه وآله وسلم –: «اليمين تنفق السلعة، وتمحق البركة»[(٥)]. لأن ذلك خلاف التعظيم لأسماء الله، لأنه إذا حلف (الإنسان من غير حاجة إليه، فكأنه لم يوفِ أسماءه – عز وجل – حق تعظيمها، ولأنه إذا)[(٦)] استكثر منها، لم يأمن أن يقع فيها الحنث، وهو مما يعظم الإثم فيه.

مسألة: في الاحتكار

قال: ولا يجوز الاحتكار إذا كان على المسلمين فيه إضرار، فإن لم يكن، جاز.

اعتبر يحيى – عليه السلام– في (الأحكام)[(٧)] المنع من الاحتكار بأن يكون فيه ضرر

---

(١) في (أ): بالمسلمين.
(٢) ما بين القوسين سقط من (ب)، وظنن عليه في هامشها.
(٣) في (أ): أن ذلك لا يكاد.
(٤) انظر: الأحكام ٢/٥١.
(٥) المسند كتاب البيوع، باب أكل الربا، وعظم إثمه، والحلف على البيع. وأخرجه عبد الرزاق ٨/٤٧٦.
(٦) ما بين القوسين سقط من (أ).
(٧) انظر: الأحكام ٢/٣٩ – ٤٠.

على المسلمين، وروى نحوه عن جده. وروى غيره[1] أنه لا بأس به إذا لم يكن فيه ضرر.

واستثنى يحيى ما يحتاج الإنسان إليه لقوته وقوت عياله.

وإلى نحو ما ذهبنا إليه أشار ابن أبي هريرة فيما حكاه عن الشافعي.

واعتبر أبو حنيفة وأصحابه في الحكرة على ما حكاه أبو الحسن الكرخي أن يشتريه الإنسان في المصر، ويمتنع من البيع، وذلك مما يضر الناس، وإن لم يضر، فلا بأس به.

قال أبو الحسن: رواه ابن سماعة، عن أبي يوسف: الاحتكار في كل ما يضر بالعامة احتكاره، وهذا قولنا.

والأصل فيه: ما روي عن النبي - صلى الله عليه وآله وسلم - رواه عنه ابن عمر: «من احتكر طعاماً أربعين يوماً، فقد برئ من الله - عز وجل - وبرئ منه»[2].

وعن أبي أمامة قال: نهى رسول الله - صلى الله عليه وآله وسلم - أن يُحتكر الطعام[3].

وروى زيد بن علي، عن أبيه، عن جده، عن علي - عليهم السلام- قال: «جالب الطعام مرزوق، والمحتكر عاص ملعون»[4]. وهو لا يجوز أن يكون قاله إلا بنص عن رسول الله - صلى الله عليه وآله وسلم- لأنه قال: الجالب مرزوق، والمحتكر ملعون.

وروى محمد بن منصور[5]، وأبو الحسن الكرخي، بإسنادهما، عن علي - عليه السلام - أنه أحرق طعاماً لرجل كان احتكره.

فدل ذلك أجمع على تحريم الاحتكار.

---

(١) في (أ): عنه.

(٢) أخرجه الحاكم ١٤/٢، وأحمد ٣٣/٢، وأبو يعلى ١١٧/١.

(٣) أخرجه الحاكم ١٤/٢، والبيهقي ٣٠/٦، والترمذي ٥٦٧/٣، والطبراني في الكبير ١٨٨/٨.

(٤) المسند كتاب البيوع، باب الغش والاحتكار. وأخرجه محمد بن منصور عنه في الأمالي ١٦٤/٣ بدون والمحتكر ملعون. وأخرجه الدارمي ٣٢٤/٢، والبيهقي ٣٠/٦، وابن ماجة ٧٢٨/٢ عن عمر.

(٥) انظر الأمالي ١٩٣/٣.

فأما ما ذهب إليه أبو حنيفة وأصحابه من أنه لا بأس به إذا لم يكن اشتراه في المصر، فلا معنى له، لأن العلة فيه هو دفع الضرر[1] عن المسلمين بالحبس عنهم ما هو أقوات لهم، ولا تأثير في /٤٧/ ذلك للوجه الذي به صار[2] الطعام المحتكر، ولأن الأخبار الواردة في هذا الباب لم تفصل في ذلك فصلاً.

فإن قيل: فإذا لم يكن اشتراه في المصر، فلم يفعل ما يضرهم.

قيل له: إذا اشتراه (من خارج، وحبسه، فقد فعل ذلك؛ لأن الضرر على حد واحد، سواء اشتراه)[3] في المصر، أو خارج المصر، والأخذ له من ضيعة قد أضر بهم في ترك بيعه عليهم، فالضرر حاصل؛ ولا فصل بين أن يحصل شراؤه من المصر، أو[4] غيره، في أنه يؤمر بالبيع، لأن دفع الضرر واحد، سواء كان الضرر بأن يفعل ما هو ضرر، أو يدع[5] فعلاً هو ضرر.

فأما جوازه إذا لم يكن ضرر على المسلمين، فلا أحفظ فيه خلافاً، ولا وجه للمنع منه، إذ وجهه دفع الضرر، وقد قال يوسف صلى الله عليه: ﴿ **تَزْرَعُونَ سَبْعَ سِنِينَ دَأَباً فَمَا حَصَدتُّمْ فَذَرُوهُ فِي سُنبُلِهِ**﴾(يوسف: ٤٧)، فأمر بالادخار إذا لم يكن فيه ضرر.

وأما استثناء يحيى - عليه السلام - الذي يحتاج إليه لنفسه وعياله، فلأن الإنسان يلزمه دفع الضرر عن نفسه وعن عياله، فلا وجه أن يؤمر بمضارة[6] عياله دفعاً للضرر عن غيره، وقد قال - صلى الله عليه وآله وسلم -: «ابدأ بمن تعول». وقال يوسف - عليه السلام -: ﴿**ثُمَّ يَأْتِي مِن بَعْدِ ذَلِكَ سَبْعٌ شِدَادٌ يَأْكُلْنَ مَا قَدَّمْتُمْ لَهُنَّ إِلاَّ قَلِيلاً مِمَّا تُحْصِنُونَ**﴾(يوسف: ٤٨)، فأخبر عن إحصان الطعام للمجاعة، و لم ينكره.

---

(١) في (ب): الضر.
(٢) في هامش (ب): منه صار الطعام محتكراً.
(٣) ما بين القوسين سقط من (أ).
(٤) في (أ): أو من غيره.
(٥) في (ب): أو يدفع.
(٦) في (أ): بمضارة نفسه وعياله.

و لم ينص يحيى - عليه السلام - على المدة التي يدخر[١] فيها قوته وقوت عياله، والأقرب إلى نحو سنة، أو (إدراك الغلة المنتظرة إن لحق الجدب في بعض السنة، فقد روي عن النبي - صلى الله عليه وآله وسلم -)[٢] أنه كان يدخر قوت عياله لسنة[٣].

مسألة: في بيع السكران

قال القاسم - عليه السلام - في بيع السكران وشرائه: جائز إذا كان يعقلهما، وهو كما قال: لأن البائع من صحة عقوده ثبات عقله، فإن كان يعقل، لم يؤثر في ذلك تغيُّر بعض أحواله في صحة عقوده إذا كان يعقل.

مسألة: القول في تلف المبيع قبل القبض

وإذا اشترى رجل شيئاً، ثم تلف عند بائعه قبل التسليم، فإنه من مال البائع.

[وهذا منصوص عليه في الأحكام][٤].

وهذا لا أحفظ فيه خلافاً، إلا ما حكي عن مالك أنه قال: يضمن البائع قيمته.

ويحجه ما روي عن النبي - صلى الله عليه وآله وسلم - أنه قال: «إن بعتَ من أخيك ثمراً، ثم أصابه جائحة، فلا تأخذ منه شيئاً»[٥]. ولأنا لو ألزمنا البائع قيمة السلعة، كان ذلك استحقاقاً يختص عقد البيع، وذلك يوجب أن تكون القيمة مبيعة، لأن الاستحقاق[٦] المختص بعقد، يوجب كون المستحق مبيعاً، ولا يجوز بيع قيمة في الذمة.

وحكي عنه أنه فرق بين الطعام وغيره، والقيمة لو كانت مبيعة، لكان ذلك يدخل

---

(١) في (ب): إليها.

(٢) ما بين القوسين ساقط من (أ).

(٣) أخرجه البخاري ٢٠٤٨/٥، وأبو عوانة ٢٤٨/٤، وأبو داود ١٤١/٣، والنسائي ٤٦/٣ عن عمر.

(٤) انظر: الأحكام ٥٩/٢.

(٥) أخرجه مسلم ١١٩٠/٣، وابن حبان ٤١٠/١١، وأبو عوانة ٣٣٣/٣، والدارمي ٣٢٨/٢، وأبو داود ٢٢٦/٣ عن جابر.

(٦) في (أ): لأن الاستحقاق يعقد.

في الربا؛ لأن القيمة قد تزيد على الثمن، وقد تنقص منه؛ لأن البيع بينهما لم يتم؛ لأن التسليم هو من شرط إتمام البيع، فإذا لم يقع /٤٨/ التسليم، لم يتم البيع؛ فإذا تلـف - والبيع غير تام - في يد البائع، فيجب أن يكون تعيين ماله؛ لأن ملكه عنه لم يزل، وكذلك يده لم تزل عنه.

قال: فإن كان تسلمه من البائع، ثم تركه رهناً، فتلف، فهو من مال المشتري، وذلك أن القبض إذا حصل، تم البيع، واستقر[1] ملك المشتري، وزال ملك البائع، فإذا رهنه عند البائع، كان ذلك وسائر الرهون سواء.

قال: وإن وضعاه على يدي عدل (إلى أن يأتي المشتري بالثمن، فتلف، فهو من مال البائع. [وجميعه منصوص عليه في الأحكام][2]، وذلك أن البائع لم يسلمه إذ وضعه على يدي عدل؛ لأنه لا يكون خلى بينه وبين) [3] المشتري، فلا يكون البيع قد تم كما بيناه في المسألة الأولى.

مسألة: في توكيل المشتري للبائع في القبض

وإن وكل المشتري البائع بقبضه من نفسه له، فقال: اعزله [4]، أو كِلْه إن كان مكيلاً، أو نحو ذلك، ففعل البائع، ثم تلف، كان من مال المشتري.

[وهو منصوص عليه في المنتخب] [5].

هذا مبني على أن قبض البائع من نفسه يصح.

ووجهه: أنه ليس بين القابض والمقبض خصومة، فوجب أن يصح قبض الإنسان من نفسه (كما أنه لو لم يكن بين المزوج والزوج خصومة، جاز أن يزوج الإنسان الحرمة من نفسه) [6]؛ وإذا ثبت ذلك، وجب أن يكون ما تلف من مال المشتري.

---

(١) في (أ): واستمر.
(٢) انظر: الأحكام ٢/٥٩.
(٣) ما بين القوسين ساقط من (ب).
(٤) في (أ): اعزله لي.
(٥) انظر: المنتخب ٢٢٢.
(٦) ما بين القوسين سقط من (أ).

باب القول في بيع الأجناس بعضها ببعض

مسألة: في بيع ما اتفق أو اختلف في الجنس والكيل

إذا اتفق الشيئان في الجنس والكيل[١]، لم يجز بيع أحدهما بصاحبه إلا مثلاً بمثل، يداً بيد، فإن اختلفا في الجنس، واتفقا في الكيل، جاز التفاضل، ويحرم النسأ، وإن اختلفا فيهما جميعاً، جاز التفاضل والنسأ.

والقول في الوزن كالقول في الكيل سواء، خلا الذهب والفضة، فإنه يجوز أن يُشْتَرى بهما الموزون معجلاً ومؤجلاً، غير الذهب بالفضة، والفضة بالذهب، فإنه يجوز بيع أحدهما بالآخر متفاضلاً إذا كان يداً بيد، وأما إذا كان مؤجلاً، فإنه لا يجوز[٢].

[وهذا منصوص عليه في الأحكام] [٣].

والأصل فيه: ما روي عن النبي - صلى الله عليه وآله وسلم - من طرق[٤] شتى، وألفاظ مختلفة: «الذهب بالذهب، مثلاً بمثل، يداً بيد، والفضة بالفضة، مثلاً بمثل، يداً بيد، والبر بالبر، مثلاً بمثل، يداً بيد، والشعير بالشعير، مثلاً بمثل، يداً بيد، والتمر بالتمر، مثلاً بمثل، يداً بيد، والملح بالملح، مثلاً بمثل، يداً بيد». رواه عبادة بن الصامت وغيره[٥]، وفي بعض الألفاظ: «والفضل ربا». وفي بعضها: «فمن زاد، فقد أربى». وفي بعضها: «هاء وهاء». وفي بعض الأخبار: «فإذا اختلف الجنس، فبيعوا كيف شئتم، يداً بيد». وفي بعضها: «فبيعوا الحنطة بالشعير كيف /٤٩/، شئتم يداً بيد»[٦].

---

(١) في (ب): المكيل.

(٢) في (ب): لا يجوز مؤجلاً.

(٣) انظر: الأحكام ٢/٦٦، ٦٧، - ٣٧، ٣٨.

(٤) في (أ): طريق كثيرة بألفاظ مختلفة.

(٥) أخرجه البخاري ٢/٧٥٠ - ٧٦١، ومسلم ٣/١٢١٠ - ١٢١١، وابن حبان ١١/٣٩٠، والترمذي ٣/٥، والبيهقي٥/٢٧٦، وأبو عوانة ٣/٣٨، والنسائي٤/٢٧ والطحاوي ٤/٤ عن عبادة وأبي سعيد.

(٦) هذه الزيادات مذكورة في التخريج السابق.

وروى زيد بن علي عن أبيه، عن جده، عن علي - عليهم السلام - قال: أُهدي لرسول الله - صلى الله عليه وآله وسلم - تمر، فلم يَردّ منه شيئاً، قال لبلال: دونك هذا التمر حتى أسألك عنه، فانطلق بلال، فأعطى[1] التمر مثلين، وأخذ مثلاً؛ فلما كان من الغد، قال رسول الله - صلى الله عليه وآله وسلم -: آتنا خبيئتنا التي استخبأناك، فأخبره بالذي صنع؛ فقال رسول الله - صلى الله عليه وآله وسلم -: «هذا الحرام الذي لا يصلح، انطلق فاردده على صاحبه»، وأمره ألا يبيع هكذا، ولا يبتاع؛ ثم قال رسول الله صلى الله عليه وسلم: «الذهب بالذهب مثلاً بمثل[2]، والفضة بالفضة مثلاً بمثل، والبر بالبر مثلاً بمثل، والشعير بالشعير مثلاً بمثل، والذرة بالذرة مثلاً بمثل، فمن زاد أو ازداد، فقد أربى»[3].

فدلت هذه الأخبار على تحريم التفاضل والنسأ بين هذه الأجناس إذا كان الجنس بجنسه، وعلى تحريم النسأ وإباحة الزيادة إذا[4] اختلف الجنسان مع الاتفاق في المعنى المضموم إليه.

وروي عن ابن عباس أنه كان يقول: لا ربا إلا في النسيئة، ويرويه عن أسامة، عن النبي - صلى الله عليه وآله وسلم -[5]، فكان يجيز الذهب بالذهب متفاضلاً يداً بيد، وقد روي عن عدة من الصحابة أن ابن عباس كان قد رجع من هذا القول؛ والإجماع المنعقد على خلاف ذلك يبطل قوله.

ويجوز أن يكون مراد النبي - صلى الله عليه وآله وسلم - في ذلك إذا اختلف الجنسان؛ ليكون موافقاً لما تواتر عنه - صلى الله عليه وآله وسلم - في ذلك، ولِمَا أجمعت الأمة عليه؛ إذ لا خلاف بينها في هذه الأجناس المنصوص عليها، واختلفوا

---

(١) في (أ): وأعطى.

(٢) في (أ): مثلاً بمثل، يداً بيد، وهكذا في جميع الحديث، وهو كذلك في المجموع.

(٣) المسند كتاب البيوع، باب الصرف مع الكيل والوزن.

(٤) في (أ): وإذا.

(٥) أخرجه البخاري ٧٦٢/٢ وابن حبان ٣٩٧/١١ وأبو عوانة ٣٨٧/٣ والنسائي ٣٢/٤ وابن ماجه ٧٥٨/٢ والطحاوي ٦٤/٤.

فيما عداها، فذهب كثير من نفاة القياس إلى أنه لا ربا فيما عداها، وأجمع القائسون على خلاف ذلك، وفي من نفى القياس من لا يخالفنا في ذلك، وهم الإمامية، ويرجعون فيه إلى الظواهر الواردة في هذا الباب، كالنهي عن الصاع بالصاعين.

ويبطل قولهم من وجهين: أحدهما: هذه الظواهر. والثاني: إثبات القول بالقياس.

فأجمع[١] الفقهاء من مثبتيّ القياس أن الجنس مراعى في باب الربا، وكذلك أمر آخر مضموم إليه، وإن اختلفوا في ذلك الأمر ما هو، فلا خلاف أنه إذا اجتمع الجنس والأمر المضموم إليه أنه يحرم التفاضل والنسأ، ولا أعرف خلافاً في أن الجنس إذا اختلف، واتفق الأمر المضموم إليه، حرم النسأ، وجاز التفاضل؛ لقوله: «فإذا اختلف الجنسان، فبيعوا كيف شئتم، يداً بيد». فأجاز - صلى الله عليه وآله وسلم - التفاضل لعدم الجنس، ومنع النسأ؛ لوجود الكيل؛ فدل ذلك على أن إحدى علّتي الربا إذا /٥٠/ حصلت، حرم النسأ، فوجب أن يكون ذلك حكم الجنس إذا انفرد، فلا يصح بيع[٢] الثوب بجنسه من الثوب نسأ، وبه قال أبو حنيفة. قال[٣] الشافعي: ذلك لا يحرم[٤] على انفراده، وقد بينا أنه إذا اختلف الجنس، واتفق الأمر المضموم إليه، ترتب تحريم النسأ على المعنى المضموم إليه من الكيل أو الوزن.

فإن قيل: ألستم تجوزون بيع الموزون بالنقد مع النسأ[٥]؟

قيل له: نجعل علة النسأ أحد وصفي العلة في قبيل المثمنات، أو يجوز تخصيص العلة، فليس ببعيد على أوضاعنا، أو نقول في قبيل ما يتعين، فأما المنع من بيع الذهب والفضة بعضه ببعض، فلا يقال؛ لأنه إجماع ومنصوص عليه فلا نقيس عليه سواه.

---

(١) في (أ): ثم أجمع.
(٢) في (أ): بيع بجنسه.
(٣) في (أ): وقال.
(٤) ظنن على هذه الكلمة في (أ) ، (ب).
(٥) سقط من (أ) مع النسأ.

مسألة: في الخلاف في العلة الموجبة للربا

فأما الأمر المضموم إلى الجنس، فعندنا أنه الكيل، أو الوزن، وهو قول زيد بن علي، والمروي عن جعفر بن محمد؛ ولا أعرف فيه خلافاً بين علماء أهل البيت - عليهم السلام- وبه قال أبو حنيفة وأصحابه.وقال مالك: هو الاقتيات. وقال الشافعي: هو الأكل.

والذي يدل على صحة قولنا: ما روي عن النبي - صلى الله عليه وآله وسلم - روى أبو بكر الجصاص: «أن النبي - صلى الله عليه وآله وسلم - قَدِم عليه تمر من خيبر فقال: أكُلُّ تمر خيبر هكذا؟ قالوا: لا والله يا رسول الله، إنا نشتري الصاع بالصاعين، والصاعين بالثلاثة، فقال - صلى الله عليه وآله وسلم -: «لا تفعلوا، ولكن مثلاً بمثل، أو بيعوا هذا، واشتروا[١] بثمنه من هذا، وكذلك الميزان»[٢].

فأما المنع من بيع الذهب والفضة بعضه ببعض، فلا يعلَّل؛ لأنه إجماع منصوص عليه، فلا[٣] نقيس عليه سواه.

وروى أيضاً أبو بكر بإسناده، عن أبي سعيد الخدري قال: قال رسول الله - صلى الله عليه وآله وسلم -: «لا يصلح صاعان بصاع، ولا درهمان بدرهم»[٤].

وروى بإسناده، عن ابن عمر قال: قال رسول الله - صلى الله عليه وآله وسلم -: «لا تبيعوا الدرهم بالدرهمين، والدينار بالدينارين، ولا الصاع بالصاعين». فقام إليه رجل فقال: يا رسول الله، أنبيع الفرس بالأفراس، والنجيبة بالإبل؟ فقال: «لا بأس، إذا كان يداً بيد»[٥]. فدلت هذه الأخبار على صحة تعليلنا بالكيل والوزن.

---

(١) في (أ): بثمنه واشتروا هذا.

(٢) أخرجه البخاري ٧٦٧/٢، ومسلم ١٢١٥/٣، وأبو عوانة ٣٩٢/٣، والبيهقي ٢٩١/٥، والدارمي ٣٣٥/٢، والنسائي ٢٤/٤، عن أبي سعيد وأبي هريرة.

(٣) في (ب): ولا.

(٤) وأخرجه البخاري ٧٣٢/٢، وابن حبان ٣٩٨/١١، وأبو عوانة ٣٩٠/٣، والنسائي ٢٥/٤، والدارمي ١٢٩/١.

(٥) وأخرجه أحمد ١٠٩/٢.

وقوله[١] - صلى الله عليه وآله وسلم -: «لا تبيعوا الصاع بالصاعين» قد علمنا أن المراد به ليس هو بيع هذه الآلة المخصوصة، وإنما المراد به ما يكال بها؛ ليكون تحصيل هذا الكلام المنع من بيع ما يكال مثلاً بمثلين.

وكذلك قوله - صلى الله عليه وآله وسلم -: «وكذلك الميزان». ليس المراد به عين الموازين، وإنما المراد به ما يوزن؛ فأوجب ذلك المنع من بيع ما يكال بما يكال إلا مثلاً بمثل، وما يوزن بما /٥١/ يوزن إلا مثلاً بمثل، يداً بيد، فبان به[٢] صحة تعليلنا.

فإن قيل: فقد روي عن النبي - صلى الله عليه وآله وسلم - أنه نهى عن بيع الطعام بالطعام إلا مثلاً بمثل، فهلاً دلكم ذلك على أن العلة هي الأكل على ما قلتم في الكيل والوزن؟

قيل له: لفظ الطعام يتناول شيئاً مخصوصاً من المأكولات من جهة العرف، ولا يتناول السقمونيا، والصَبِر، وشحم الحنظل، وما جرى مجراه؛ ألا ترى أن سوق الطعام لا يستعمل في صنف[٣] الصيدلانيين، وكذلك[٤] سوق الفواكه، فبان أنه يتناول هذه الأجناس المنصوصة التي يقع الاقتيات بها.

وفي الحديث: سمعت النبي - صلى الله عليه وآله وسلم - يقول: «الطعام بالطعام مثلاً بمثل». وكان طعامنا يومئذٍ الشعير[٥].

وروي عن أبي سعيد الخدري: كان طعامنا التمر، والزبيب، والشعير[٦]. فإذا ثبت ما قلناه، لم يجب أن يستمر اللفظ في كل مأكول من الأشربة، والفواكه، والأدوية، ونحوها، ووجب اختصاصه بما بيناه، وذلك مما لا نأبى وجوب الربا فيه.

---

(١) في (أ): إذ قوله.
(٢) سقط من (ب): به.
(٣) في (أ): صف.
(٤) في (أ): ولا في.
(٥) أخرجه مسلم ١٢١٤/٣، وابن حبان ٣٨٥/١١، وأبو عوانة ٩٦/٣، والدارقطني ٢٤/٣ عن معمر.
(٦) أخرجه البخاري ٥٤٨/٢.

فإن قيل: روي عن عائشة أنها قالت: عشنا دهراً وما لنا طعام إلا الأسودان: التمر، والماء[١]. فأجرت[٢] اسم الطعام على الماء.

قيل له: ذلك محمول على سبيل التجوز؛ وقوله - صلى الله عليه وآله وسلم - محمول على الحقيقة؛ والحقيقة من طريق عرف اللغة هو ما ذكرناه، على أنها إنما سمته طعاماً لمقارنته التمر، كما قالوا: الغدايا والعشايا، وإن كانت الغداة لا تجمع على الانفراد غدايا، فكذلك الماء لا يقال فيه على الانفراد: إنه طعام؛ وكان شيخنا أبو الحسين بن إسماعيل يستدل على ذلك بقول الله - عز وجل - في قصة شعيب - عليه السلام -: ﴿أَوفُوا المِكْيَالَ والمِيْزَانَ بِالقِسْطِ وَلاَ تَبْخَسُوا النَّاسَ أَشْيَاءَهُم﴾(هود/٨٥)، فكان يقول: لا يخلو النهي من أن يكون متناولاً للتطفيف[٣] على وجه الخيانة، كما حكى الله - عز وجل - عن قومه من قولهم: ﴿يَا شُعَيْبُ أَصَلاتُكَ تَأْمُرُكَ أَن نَتْرُكَ مَا يَعْبُدُ آبَاؤُنَا أَوْ أَن نَفْعَلَ فِي أَمْوَالِنَا مَا نَشَاءُ﴾(هود/٨٧)، فبين أنهم كانوا نُهوا عما كانوا يفعلون في الكيل والوزن على وجه[٤] التراضي، إلا ما كان ربا؛ فبان أن الربا تعلق بالكيل والوزن.

ومما يدل على أن علتنا أولى من علّة سائر المخالفين: أن ما جعلناه علة له تأثير في التحريم؛ بدلالة أن زيادة الكيل في المنصوص عليه مع الجنس، وكذلك الوزن فيه مع الجنس، يمنع من جواز البيع، وعدم الزيادة فيهما يوجب صحة البيع؛ وما كان له تأثير في صحة البيع وفساده أولى أن يكون علة للتحريم مما ليس له ذلك التأثير، ولأن النبي - صلى الله عليه وآله وسلم - قال: «من أسلم، فليسلم في كيل معلوم، أو وزن معلوم». فجعل للكيل والوزن تأثيراً في صحة/٥٢/ البيع ، فبان بذلك أن علتنا أولى؛ لأنا لم نجد هذا التأثير في علل المخالفين.

يبين ذلك أن المأكولَين يتفاوتان في كونهما مأكولين، بأن يكون أحدهما خيراً من

---

(١) أخرج نحوه البخاري ٩٠٧/٢، ومسلم ٢٢٨٣/٤، وابن حبان ٢٥٨/٤، وابن ماجة ١٢٨٨/٢.

(٢) في (ب): فأخرجت.

(٣) في (ب): للنهي على طريق.

(٤) في (أ): جهة وجه.

صاحبه في باب الأكل، وكذلك المقتاتين[١]، و لم يؤثر ذلك في التحليل والتحريم، فعلمنا أنَّما عللناه أولى من سائر علل المخالفين.

فإن قيل: فالحكم يتعلق بالأكل أيضاً، لأن من اشترى حنطة، فوجدها متغيرة بالعفونة أو نحوها حتى يؤثر ذلك في الأكل، كان لصاحبها الخيار في الرد.

قيل له: ذلك خيار الرد، وذلك حكم كل ما أدى إلى نقصان القيمة، مأكولاً كان، أو غير مأكول، على أن لهذا التأثير - مع أنه لا يختص بالأكل - تأثيراً في خيار الرد، لا في تحريم البيع وتحليله، فلم يجب أن يكون[٢] ذلك معارضاً لتأثير علتنا.

وليس لهم أن يتعلقوا بقوله - عز وجل -: ﴿لا تَأْكُلُوا الرِّبَا﴾(آل عمران/١٣٠)، لأن الربا يجب أن يثبت أولاً، ثم يعلق الحكم عليه.

فإن قيل: فإنا نجد النبات حشيشاً لا ربا فيه، ثم نجده مأكولاً فيه الربا، فعلمنا أن العلة فيه الأكل، كما قلنا في العصير: إنا نجده لا شدة فيه وهو مباح، ثم تصير فيه الشدة، فيصير حراماً بعد أن كان مباحاً، فعلمنا أن العلة فيه الشدة.

قيل له: ومثل هذا يستقيم لنا أن[٣] نجده حشيشاً لا ربا فيه، ثم يصير مكيلاً، فيحصل فيه الربا، فعلمنا[٤] أن الكيل علة الربا، على أن الحشيش أيضاً مأكول، وهذا ينقض علتكم؛ لأن الحشيش مأكول لا ربا فيه؛ فبان أن العلة ليست هي الأكل.

مسألة: في بيع الجنس بمثل جنسه مع اختلاف أنواعه

قال: ولا يجوز أن يباع كرّ حنطة بكُرَّي حنطة، وإن اختلفت أنواعهما، ولا بأس بكري شعير، وكذلك القول في الأرز، والشعير، وسائر الحبوب، والتمر، والعنب، وغيرهما، من الفواكه، وغيرها.

---

(١) في (أ): المتفاوتين.

(٢) في (أ): يكون معارضاً.

(٣) في (أ): أنا.

(٤) في (أ): فعلمنا أن العلة فيه الأكل، قلنا: الكيل علة الربا على أن الحشيش.

[وهذا منصوص عليه في المنتخب] (١)

وهذا مما قد مضى بيانه، وهو قول النبي - صلى الله عليه وآله وسلم -: «فإذا اختلف الجنس، فبيعوا كيف شئتم، يداً بيد». ولأن تحريم التفاضل إنما ورد إذا كان الجنس واحداً؛ ألا ترى إلى قوله: «الذهب بالذهب مثلاً بمثل، والفضة بالفضة مثلاً بمثل»؟، حتى أتى على الأجناس المنصوص عليها؛ وإذا كان تحريم التفاضل يتناول الجنس الواحد، فما عداه يكون على أصل الإباحة.

وهذه الجملة لا خلاف فيها بيننا وبين أبي حنيفة، والشافعي، وسائر العلماء، إلا مالك، فإنه ذهب إلى أنه لا يجوز بيع الشعير بالبر متفاضلاً، وما قدمناه يحجه.

ويجب فيما عدا المنصوص عليه مثله قياساً عليه، كنحو الأرز، والعنب، وغيرهما، بعلة أنها أجناس مختلفة؛ فوجب أن يحرم /٥٣/ بيع بعضها ببعض متفاضلاً، وقياساً على ما أُجمع عليه من الذهب والفضة أن بيع أحدهما بالآخر جائز متفاضلاً ، والعلة أنهما جنسان مختلفان.

مسألة: في بيع أنواع الجنس الواحد بعضها ببعض

قال: والحنطة مع تنوعها جنس واحد، وكذا الشعير، والتمر، والعنب، وكذا من الفواكه، والرمان، والسفرجل، وغيرهما.

[وهذا منصوص عليه في (الأحكام) (٢)].

يدل على ذلك أنه - صلى الله عليه وآله وسلم - لما ذكر هذه الأجناس، قال بعده: «فإذا اختلف الجنسان، فبيعوا كيف شئتم، يداً بيد». وقوله: «بيعوا الحنطة بالشعير كيف شئتم، يداً بيد». فدل ذلك على أن جميع هذه المذكورات أجناس مختلفة، وإن كان لكل واحد(٣) منها أنواع يشتمل عليها الجنس؛ ولا خلاف أن

---

(١) انظر: المنتخب ١٩٩.
(٢) انظر: الأحكام ٢/٦٢ ، ٦٣.
(٣) في (ب): واحدة منهما.

الذهب والفضة جنسان مختلفان، فإذا ثبت ذلك في المنصوص عليه، ثبت فيما عداه من الأرز وغيره من الحبوب والفواكه، والعلة استبداد كل واحد منهما بالاسم الأخص، والاتفاق في تقارب المعنى المقصود إليه، والتقارب في المنظر والهيئة.

ويدل على استبداد كل منهما بالاسم الأخص أن تميز أنواعه يكون بإضافة صفة إليه كماء العنب الأبيض، والأسود، والملاحي، وكذلك التمر، وسائر ما قلنا فيها إنها أجناس.

فأما التقارب في المعنى المقصود إليه به، والتقارب في المنظر والهيئة، فمما لا إشكال فيه؛ لأن العلم به ضرورة، فكل ذلك يوضح ما قلناه، على أن قوله - صلى الله عليه وآله وسلم -: «في زكاة الفطر صاع من تمر، أو صاع من شعير، أو صاع من ذرة، أو صاع من زبيب». يدل على أن كل واحد من[1] ذلك جنس برأسه؛ ألا ترى أنه - صلى الله عليه وآله وسلم - لم يذكر أنواع التمر، كالصيحاني، والبرني، والأزاذ، وكذلك لم يذكر أنواع الزبيب، وإنما ذكر أجناس التمر والعنب وغيرهما[2]؟

مسألة: في بيان المعتبر في الكيل

قال: والمعتبر في كيل التمر ووزنه البلدان.

[وهو منصوص عليه (المنتخب) [3]].

ووجهه: أنا وجدنا الشرع فيه تابعاً للعرف؛ لأن الشرع لم يرد بوزن شيء مما كان العرف فيه قبل الشرع ألا يوزن، وكذلك لم يرد بكيل شيء مما كان العرف فيه قبل الشرع ألا يكال، فعلمنا أن الشرع جاء بحسب العرف في باب الكيل والوزن.

فإذا ثبت ذلك، وجب أن يجري الحكم في هذا الباب بحسب عرف البلدان، كما قلنا ذلك في الأيمان.

فإن قيل: فقد روي عن النبي - صلى الله عليه وآله وسلم - أنه قال في التمر: «مثلاً بمثل، كيلاً بكيل».

---

(١) سقط من (أ) واحد من.

(٢) في (أ): وغيرها.

(٣) انظر: المنتخب ١٩٣.

قيل له[١]: هو محمول على البلد التي عَرف أهلها في التمر الكيل، لما بيناه، ويوضح ما بيناه ما أجمعوا عليه أن كل بلد له عرف يعتبرونه (في النقد؛ وأجمعوا أنه إذا قال البائع للمشتري: بعتك هذا الشيء بكذا درهماً)[٢] على أنه محمول على ذلك النقد، وأن النقد الذي يتعامل به /٥٤/ عرفاً إذا كان مختلفاً[٣]، كان البيع فاسداً إذا لم يعين النقد، فإذا وجب أن يتبعَ حكم الشرع في باب النقد العرف، وجب أن يكون ذلك حكم الكيل والوزن، لأن الناس[٤] قد خلوا واختيارهم في الكيل والوزن، كما قد خلوا واختيارهم في النقود.

فإن قيل: فكيف يجوز أن يحل بيع في بلد، ويحرم في بلد؟

قيل له: كما يصح بيع في بلد، ويفسد في بلد، ويقع الحنث في لفظ وقول لواحد، ولا يقع لآخر؛ لأمر يرجع إلى العرف والعادة، على أن أبا حنيفة ذهب فيما يختلف حاله في البلدان في الكيل والوزن أن المعتبر به العرف، خلا الأشياء التي كانت بالمدينة على عهد النبي - صلى الله عليه وآله وسلم - توزن أو تكال، وهذا مما يمكن أن يحتج به عليهم فيما خالفوا فيه، وحكي عن بعضهم أنه قال: إذا اختلف الوزن والكيل في البلدان، كان الوزن أولى؛ لأنه أخص المماثلة، وهذا لا معنى له؛ لأنه لو وجب أن يعمل بأخص المماثلة، وجب أن يوزن جميع ما يكال لهذه العلة، على أنهم جوزوا التمرة بالتمرتين؛ لأن ذلك مما لا يكال عرفاً، إلا[٥] أن الشرع منع منه، أو كان ذلك مستحيلاً؛ لأنه كان يمكن أن يعمل مكيال صغير لقدر التمرة الواحدة، لكنهم اتبعوا العرف، وكذلك أجازوا التفاضل في المعمول، ولم يجيزوه في الذهب المعمول، والفضة المعمولة، لا لأمر سوى العادة الجارية فيه؛ فيصح بجميع ذلك ما قلناه، وما قاله أصحابنا أقوى من جهة النظر؛ إذ لم يؤدِ إلى خلاف الإجماع، وفيه نظر، والله أعلم.

---

(١) سقط من (ب) له.

(٢) ما بين القوسين في (أ) وهامش (ب)، وظنن عليها بقوله: هكذا هكذا في الأم.

(٣) سقط من (أ) إذا كان مختلفاً.

(٤) في (أ): لأن قد خلوا واختيارهم في النقود.

(٥) في (أ): لأن الشرع.

مسألة: في بيع أجناس اللحوم بعضها ببعض

قال: واللحوم مختلفة الأجناس، فلحم البقر جنس واحد، ولا فصل بين لحم الجواميس، وبقر الوحش، والبقر الأهلي. ولحوم الضأن، والماعز، والظباء، كلها جنس واحد. ولحم الإبل جنس مع اختلاف أنواعها. والقول في الألبان والسمون كالقول في اللحوم.

[وهذا منصوص عليه في (الأحكام) [(١)]].

قلنا في البقر، والضأن، والإبل: إنها أجناس مختلفة؛ لأن الشرع دل على ذلك؛ لإطلاق أحكامها في الصدقات، ولاختصاص كل منها بالاسم الأخص، ولاتفاق كل ما قلنا فيه: إنه جنس منها في تقارب المعنى إليه (في بابه، والتفاوت في المنظر والهيئة، فدل ذلك على اختلاف أجناسها)[(٢)].

وأما المعز، فإنا جعلناه من جنس الضأن؛ لأن الشرع أجراهما مجرى جنس واحد في باب الصدقات، ولما بينهما من التقارب فيما [(٣)] ذكرناه، وإن لم يشتركا في الاسم الأخص.

وقسنا في هذا الظباء على الماعز؛ لتقاربهما في المنظر والهيئة، وعلى هذه الطريقة يجري الكلام في الجواميس، وبقر الوحش، وكذلك الكلام في الإبل.

فإذا ثبت ذلك، وجب أن يلحق بها لحومها، وألبانها، وسمونها؛ لأنها جزء منها، فتجري مجرى أبعاضها.

ألا ترى أن خبز /٥٥/، البر، وخبز الأرز، وخبز الشعير، كانت أجناساً مختلفة؛ لكونها من حبوب مختلفة؟ فكذلك اللحوم، والألبان، والسمون.

فإن قيل: قد اشتركت اللحوم في الاسم الأخص، وكذلك الألبان والسمون، فهلاً

---

(١) انظر لأحكام ٢/٦٤.

(٢) ما بين القوسين سقط من (أ).

(٣) في (أ): في المنظر وبهيئة.

جعلتم كلاً منها جنساً واحداً؟

قلنا: كما أن الخبز، وإن اشترك في الاسم الأخص، لم نجعله جنساً؛ لاختلاف[١] أجناس ما هو منها، وكذلك اللحوم والألبان، لأن جميع ذلك فروع[٢] لأصول مختلفة، فوجب أن يعتبر بأصولها، على أن الشرع جعل أصولها أجناساً مختلفة، فكان إلحاقها بالأصول أولى من إلحاقها بالفروع[٣] بحكم الاجتهاد، ولأن[٤] النص أولى من الاجتهاد، فعلى هذا لا بأس ببيع لحم البقر بلحم الضأن والإبل، ولحم الإبل بلحم الضأن متفاضلاً يداً بيد. ولا يجوز بيع بعضها ببعض نسأ، وهذا مما قد مضى بيانه، فلا وجه لإعادته.

مسألة: في بيع الحيوان بعضه ببعض

قال: ولا بأس ببيع الحيوان بعضه ببعض، مثلاً بمثل، ومتفاضلاً يداً بيد، ولا يجوز بيع بعضه ببعض نسأ، ولا فرق في ذلك بين أن يكون الحيوان جنساً واحداً، أو أجناساً مختلفة.

[وهذا منصوص عليه في (الأحكام)[٥]].

أما إذا كان الحيوان جنساً واحداً، فإنا أجزنا بيع بعضه ببعض، مثلاً بمثل، ومتفاضلاً؛ لأن فيه أحد وصفي علة الربا، وهو الجنس، وليس فيه الوصف المضموم إلى الجنس، ولا يصح فيه الكيل والوزن، والجنس عندنا إذا تعرى عن الكيل والوزن، لا[٦] يمنع التفاضل على ما مضى القول فيه.

وقلنا: إنه يجوز يداً بيدٍ، ولا يجوز نسأ؛ لوجهين: أحدهما: أن أحد وصفي علة الربا

(١) في (ب): لاختلاف ما هو منها.

(٢) في (أ): فروع لا أصول، فوجب.

(٣) سقط من (ب) بالفروع.

(٤) في (ب): لأن.

(٥) انظر: الأحكام ٦٣/٢.

(٦) في (أ): لم.

عندنا وعند أبي حنيفة إذا تعرى عن الوصف الثاني، حرم النسأ. والثاني: أنا لا نجيز السَلَم في الحيوان على ما نبينه في باب السَلَم.

ويدل على هذه الجملة: ما روي أن رجلاً قام إلى رسول الله - صلى الله عليه وآله وسلم - فقال: يا رسول الله أنبيع الفرس بالأفراس، والنجيبة بالإبل؟ فقال: «لا بأس، إذا كان يداً بيد». فأجاز - صلى الله عليه وآله وسلم - على شرط أن يكون يداً بيد، وهذا نص فيما ذهبنا إليه.

وأما إذا اختلف جنس الحيوان، فلا بأس ببيع بعضه ببعض، مثلاً بمثل، ومتفاضلاً؛ لأنه ليس فيه شيء من أوصاف علة الربا، لا الاتفاق في الجنس، ولا الكيل، ولا الوزن، فلم يكن في جواز بيع بعضه[1] ببعض متفاضلاً إشكال.

ومنعنا بيع بعضه ببعض نسأ لوجه[2] واحد، وهو لما ثبت من أنه لا يجوز السلم في الحيوان على ما سنبينه.

مسألة: في بيع مالا يكال ولا يوزن مع الاتفاق في الجنس

قال: وإذا اتفق الشيئان في الجنس، ولم يكونا مكيلين، ولا موزونين، جاز بيع بعضه ببعض، يداً بيد، مثلاً بمثل، ومتفاضلاً، ولا يجوز نسأ، كنحو الرمان والسفرجل وغيرهما.

[وهذا منصوص عليه في (الأحكام) [3]].

ولا بأس أن يبتاع[4] رمانة برمانتين/٥٦/ يداً بيد، وسفرجلة بسفرجلتين يداً بيد؛ ولا يجوز ذلك نسأ؛ وكل هذا[5] قد مضى بيانه، فلا غرض في إعادته.

---

(١) في (أ): بيع بعضه متفاضلاً.
(٢) في (ب): بوجه.
(٣) انظر: الأحكام ٦٩/٢.
(٤) في (أ): تباع.
(٥) في (أ): ذلك.

مسألة: في بيع الحب القائم بالحب المحصود

قال: ولا يجوز أن يُشتَرى زرع من بر محصود في سنبله ببر سواه، ولا أن يُشترى اللّبن الرائب بالزبد، إلا أن يكون الزبد الذي في اللبن أقل من الزبد المشتَرى به اللبن[١]، أو كان ما يجرد من السنبل عن البر له قيمة، فيجب أن يكون سبيله سبيل بيع اللبن الرائب بالزبد في أن[٢] البيع يفسد متى لم يكن البر المشترى به أكثر من البر الذي في السنبل، فإن كان أكثر من ذلك، صح البيع.

[وهذا منصوص عليه في (الأحكام) [٣]].

ما ذهبنا إليه في اللبن والزبد إذا كان الزبد أكثر من الزبد الذي في اللبن، به قال أبو حنيفة وأصحابه، وهو قول زيد بن علي - عليهما السلام - والخلاف فيه بيننا وبين الشافعي.

فأما إن كان ما ينفرد عن السنبل مما لا قيمة له، فالبيع فاسد على كل وجه، لأنه[٤] يكون بيع البر بالبر جزافاً، وهو فاسد بالإجماع، والأثر الوارد فيه، وهو نهيه - صلى الله عليه وآله وسلم - عن المحاقلة، وقيل: إنها[٥] بيع الحب القائم بالحب المحصود.

وقيل[٦]: إنها المزارعة، وهما لا يتنافيان؛ إذ لابد فيه من اعتبار المماثلة.

وأما مسألة الخلاف، فوجه ما ذهبنا إليه أن الزبد إذا كان أكثر من الزبد الذي في اللبن، كان مقدار ذلك الذي في اللبن من الزبد بمثله من الزبد، والفضل[٧] ثمن اللبن.

---

(١) سقط من (أ) اللبن.
(٢) في (أ): البيع متى لم يكن البر المشترى به أكثر من البر الذي في السنبل صح البيع.
(٣) انظر: الأحكام ٢/٦٧ ، ٦٨.
(٤) في (أ): لأنه لا يكون.
(٥) في (ب): وهو بيع.
(٦) في (أ)، (ب): فإن قيل: وظنن على ما أثبتناه في هامش (ب).
(٧) في (أ): والعين.

والدليل على ذلك قول الله تعالى: ﴿وَأَحَلَّ اللهُ الْبَيْعَ وَحَرَّمَ الرِّبَا﴾(البقرة: ٢٧٥)، وقوله – عز وجل –: ﴿إِلاَّ أَن تَكُونَ تِجَارَةً عَن تَرَاضٍ مِّنكُمْ﴾(النساء: ٢٩).

فإن قيل: إنه ربا، فيحرم.

قيل له: إذا اعتبرنا المساواة على ما ذكرنا، لم يكن فيه ربا.

فإن قيل: فهلاً منعتموه من حيث قيمة الزبد المشترَى به اللبن المختص بمثله من الزبد الذي في اللبن، وهذا يمنع المساواة التي صححتم البيع بها؛ لأن الزبد المشترى به إذا قسم على ما قلناه، لم يمتنع أن يكون الزبد يلاقي الزبد مع الزيادة والنقصان، كرجل اشترى حنطة وشعيراً بأرز وسمسم أن ما يشترَى به من الأرز والسمسم يقسم على قيمة الحنطة، فلا تحصل[1] المساواة.

قيل له: هذا الاعتبار لا يجوز على ما ذكرتَ؛ لكونه مؤدياً إلى فساد العقد، وعقود المسلمين محمولة على الصحة ما أمكن؛ وإنما يعتبر هذا الاعتبار في العقود التي لا يؤدي هذا الاعتبار إلى فسادها؛ ويدل على ذلك أن المكيل والموزون إذا لاقى جنسه، فإنما يكون قيمته مثله في مقداره؛ لأن الشرع اقتضى ذلك؛ إذ حظر الشرع بيعه بأكثر منه، والمتبائعان دخلا فيه على حكم الشرع، فوجب أن يكون محمولاً على ما اعتبرناه من كون الزبد المشترى به مقسوماً على أن يكون ما في اللبن منه بمثله، والباقي منه ثمناً للّبن، دون الاعتبار الذي ذكرتم.

وأيضاً عقد البيع إذا وقع محتملاً لوجهين: أحدهما: إذا حُمل عليه، فسد البيع. والثاني: /٥٧/ إذا حُمل عليه، صح البيع، يجب حمله على الوجه الذي يصح البيع، لوجوب حمل عقود المسلمين على الصحة ما أمكن؛ دليله إذا باع بدراهم مطلقة، و لم يصف النقد، لا خلاف أنه يجب حمله على نقد البلد الذي يجري التعامل به، وإن كان يمكن حمله على غير ذلك من النقود؛ لأن حمله على نقد البلد يوجب صحة البيع، وحمله على غير ذلك يوجب فساد البيع، فكذلك ما اختلفنا فيه يجب حمله على

(١) سقط من (أ) تحصل.

الاعتبار الذي قلنا، ونجعل ذلك كأنه نطق به؛ ليصح البيع، ولا يجب حمله على الاعتبار الذي ذكره المخالف؛ لئلا يؤدي إلى فساد البيع، ويشهد لذلك جميعاً الأرطال، والأمناء، والمكاييل، إذا بيع الشيء على ذلك، أو أُسلم، يجب حمله على ما يجري التعامل به؛ ليصح العقد، دون ما عداه؛ لئلا يفسد العقد.

فإن قيل: العرف كالنطق، فلذلك وجب حمله عليه.

قيل له: وما ذكرنا أيضاً كالمنطوق به؛ لأنهما دخلا في العقد لتصحيحه، فصار ما يصححه كالمنطوق به إذا كان يحتمله.

فإن قيل: فهلاَّ حملتم بيع درهمين بدرهم على أنه درهم بدرهم، والدرهم الثاني هبة.

قيل له: لأن عقد الهبة عقد لم يدخل فيه، فلا يصح أن يلزمهما، وليس كذلك مسألتنا؛ لأن ما صرفنا العقد إليه أحد الوجهين الذين احتملهما العقد، فلم نُلزمهما عقداً لم يدخلا فيه.

فإن قيل: جوِّزوا على اعتباركم صاعاً من تمر بصاعين منه على أن يكون نوى أحدهما بتمر صاحبه، ونواه بتمر الآخر.

قيل له: لا يجوز ذلك؛ لأنه يؤدي إلى خلاف النص الوارد، وإذا سقط ذلك الاعتبار في موضع لكونه مؤدياً إلى خلاف النص، لم يجب أن يسقط في كل موضع؛ ألا ترى أن تقسيط الثمن لما سقط في الموضع الذي اختلفنا فيه لكونه مؤدياً إلى فساد البيع، لم يجب أن يسقط في كل موضع؛ وكذا القياس قد سقط في مواضع لأحوال، ثم لا يجب سقوطه في كل موضع، وأيضاً النوى لا حكم له إذا كان في التمر، بدلالة أنه لا فرق بين التمر الذي يغلظ نواه، وبين التمر الذي يدق نواه.

فإن قيل: فجوزوا بيع مائة دينار في كاغَد[1] بمائتي دينار على أن تكون المائة بالمائة، والمائة الباقية بالكاغد.

(١) في (أ): بكاغد في كاغد.

قيل له: إذا كان الكاغد مما يجوز تقويمه، ومما يقصد بالبيع، وقال: بعتك المائة مع الكاغد الذي فيه، صح ذلك، وإن كان الأمر بخلافه، لم يصح؛ على أن يحيى بن الحسين - عليه السلام - قال في كتاب الصرف[١]: إن أراد أن يبدل ديناراً بدينارين[٢] فأدخل بينهما (قطعة فضة، لم يجز؛ فإن حمل هذا على ظاهرها، لم يجز ما سألتم عنه)[٣]؛ لأن ظاهره يقتضي ألاَّ يجوز البيع إلا بأن يرضياه، وبيع الكاغد بخمسين ديناراً لا يُرضى بالتفرق عليه، وإن حمل على أنه أراد إذا كان الفضة /٥٨/ ضعيفة لا يصح تقويمها بالذهب، كان الجواب بحسب ذلك.

فإن قيل: روي عن فضالة بن عبيد أنه اشترى يوم حنين قلادة فيها ذهب بالذهب، فقال النبي - صلى الله عليه وآله وسلم -: «لا تبيعوها حتى تُفصل»[٤].

قيل له: ذلك محمول على أن قدر الذهب المشترى به، لم يكن معلوماً أنه زائد على الذهب الذي كان في القلادة؛ فقد روى الجصاص بإسناده عن فضالة بن عبيد أنه قال: اشتريت قلادة فيها ذهب وخرز يوم حنين باثني عشر ديناراً، ففصلتها فوجدت فيها أكثر من اثني عشر ديناراً، فذكرت ذلك للنبي - صلى الله عليه وآله وسلم - فقال: «لا تباع حتى تفصل». فكان النهي للمعنى الذي ذكرنا؛ وعلى هذا يحمل قوله في (الأحكام)[٥] في باب الصرف في المنع من بيع السيف المحلى بالفضة بالفضة.

مسألة: في بيع الزبد بالسمن ونحوه

قال: ولا يجوز بيع الزبد بالسمن، ولا بيع اللبن الحليب باللبن المخيض، وهو الذي فيه الماء.

---

(١) انظر: الأحكام ٧٢/٢ وهو بالمعنى.
(٢) في (أ): بدينار.
(٣) ما بين القوسين سقط من (أ).
(٤) أخرجه مسلم ١٢١٣/٣، وأبو عوانة ٣٨٦/٣، والترمذي ٥٥٦/٣، وأبو داود ٢٤٩/٣، والنسائي ٣٠/٤.
(٥) انظر: الأحكام ٧٣/٢.

[وهذا منصوص عليه في (الأحكام) [١]]. وبه قال الشافعي، ويقرب أن يكون قول أبي يوسف ومحمد.

ووجهه: أن الزبد فيه أجزاء من اللبن تذهب عند الإذابة، فينقص عن السمن في تلك الأجزاء مما لا حكم لها ولا قيمة، فيشبه الرطوبة التي في الرطب التي من أجلها منع[٢] من بيع الرطب بالتمر.

وهذا هو الوجه في المنع من بيع اللبن الحليب باللبن المخيض الذي فيه الماء. وهذا كله مبني على منعنا بيع الرطب بالتمر.

مسألة: في بيع الرطب بالتمر

قال: ولا يجوز بيع الرطب بالتمر.

[وهذا منصوص عليه في (الأحكام) [٣]]، وبه قال أبو يوسف، ومحمد، والشافعي. قال أبو حنيفة: هو جائز مثلاً بمثل، يداً بيد.

والأصل فيه: ما روي عن زيدٍ أبي[٤] عياش، عن سعد بن أبي وقاص، قال[٥]: شهدت رسول الله - صلى الله عليه وآله وسلم - سئل عن الرطب بالتمر. فقال: «أينقص الرطب إذا جف»؟ قالوا: نعم، (قال: لا، إذاً) ، وكرهه[٦]. وهذا نص في المنع من بيع الرطب بالتمر، وفيه تنبيه على العلة التي من أجلها مُنِع البيع، وهذا يبطل اعتراض من يعترض الحديث بأن يقول: لا معنى لاستفهام النبي - صلى الله عليه وآله وسلم - ما هو معلوم ضرورة؛ لأن ذا ليس باستفهام وإن كان ظاهره استفهاماً، بل

---

(١) انظر: الأحكام ٢/٦٨ ، ٧٠.

(٢) في (أ): منع بيع.

(٣) انظر: الأحكام ٢/٨٦.

(٤) في (أ)، (ب): زيد بن عياش، وظنن على ما أثبتناه في الهوامش وهو الصواب؛ لأنه ذكره قريباً في قوله: لأن زيداً أبا عياش.

(٥) في (أ): قال شهد.

(٦) أخرجه الحاكم ٢/٤٤، والترمذي ٣/٥٢٨، والبيهقي ٥/٢٩٤، وأبو داود ٣/٢٥١، والنسائي ٣/٤٩٦.

هو تقرير على أمر ينبه به على علة المنع؛ وهذا مثل قول الله - عز وجل - لموسى صلى الله عليه -: ﴿وَمَا تِلْكَ بِيَمِينِكَ يَا مُوسَى﴾(طه/١٧)، أراد تقريره على أنها عصا، ليعرفه ما يفعل الله فيها مما لم يكن علمه؛ وقد طعن أبو بكر الجصاص على هذا الحديث بأن زيداً أبا عياش مجهول، وليس كذلك، فإن هذا الحديث قد رواه العلماء، واستعملوه، وأخذوا بموجبه، و لم يطعنوا فيه، فصح أنه /٥٩/ لم يكن عندهم مجهولاً، على أن أمره أشهر وأظهر من أمر غورك[١] السعدي وحديثه، فلا وجه لهذا الطعن.

على أنه قد روي عن نافع، عن ابن عمر، أن النبي - صلى الله عليه وآله وسلم - نهى عن بيع التمر بالرطب، أو بالتمر كيلاً - قد شككت في اللفظ - وعن بيع العنب بالزبيب كيلاً[٢]؛ فدل ذلك على ما قلناه؛ لأن اللفظ وإن كان عن بيع النمر بالتمر، فالمعنى أنه كان أحدهما رطباً، إذ لو لم يكن كذلك، فلا خلاف في جوازه؛ يدل عليه قوله: « عن بيع العنب بالزبيب كيلاً».

فإن قيل: فقد روي عن سعد بن أبي وقاص أنه قال: نهانا[٣] رسول الله - صلى الله عليه وآله وسلم - عن بيع الرطب بالتمر نسيئة[٤]، فدل ذلك على أن علة المنع هو النسأ.

قيل له: هذا لا يمنع ما ذكرناه، ولا يمتنع أن يكون النبي - صلى الله عليه وآله وسلم - نهى عن بيع الرطب بالتمر، يداً بيد ونسأ جميعاً، فيكون منع من بيعهما يداً بيد للعلة الأولى، ومنع من النسأ للجنسين.

وروى زيد بن علي، عن أبيه، عن جده، عن علي - عليهم السلام - أنه كره بيع التمر الحديث بالعتيق[٥].

---

(١) في (أ)، (ب): من أمر غورى السعدي وظنن على أبي الخوراء السعدي في الهامش، والصواب أنه غورك، وحديثه المشار إليه هو حديثه في زكاة الخيل.

(٢) أخرجه أبو عوانة ٢٩٨/٣، وأبو داود ٢٥١/٣.

(٣) في (أ): نهى.

(٤) أخرجه البيهقي ٢٩٤/٥، والدارقطني ٤٩/٣، وأبو داود ٢٥١/٣.

(٥) المسند كتاب البيوع، باب بيع الثمار.

فإن قيل: كأن في الحديث فضل رطوبة، فكذلك أنواع التمر.

قيل له: ذلك قدر يسير من التفاوت لا معتبر به؛ لأن مثله يكون في المكيل والموزون، ولهذا[١] قالت العلماء: إن الوزن أخص من الكيل، ولهذا أجازوا الذهب بالذهب، وإن وزنا بالميزان، وإن جوزنا أن يقع فيه تفاوت لو وزنا بالطبار[٢] لم يضر ذلك القدر، فبان أن مثل[٣] ذلك معفو عنه، وليس كذلك حال الرطب إذا جف؛ لأنه يتناقص تناقصاً بيناً، ويقع بين حالتيه في النقصان تفاوت عظيم، وكذلك العنب والزبيب، فلم يجب أن يكون حكمهما حال التمر الحديث والعتيق وأنواع التمور.

فإن قيل: إذا كان الرطب والتمر متساويين في الحال، فلم يوجب أن يعتبر الحال[٤].

قيل له: لسنا نسلم أنهما متساويان في الحال؛ لأن أجزاء التمر التي في الرطب أنقص أجزاء من التي في التمر الجاف، وإنما ساواه بالرطوبة التي هي أجزاء الماء، فسقط ما سألتم عنه.

مسألة: في بيع العنب بالزبيب

قال: ولا يجوز بيع العنب بالزبيب.

[وهذا منصوص عليه في (الأحكام)[٥]]. والكلام فيه كالكلام في الرطب والتمر، وأظن الخلاف فيهما واحداً.

مسألة: في بيع الحنطة بالدقيق

قال: ولا يجوز بيع الحنطة بالدقيق. والمراد به إذا كان الدقيق دقيق الحنطة. [وهذا

---

(١) في (أ): وهذا.
(٢) في هامش (ب): المكتل. نخ
(٣) في (أ): أن ذلك.
(٤) في (أ): فلم وجب أن يعتبر المآل.
(٥) انظر: الأحكام ٢/٨٦.

منصوص عليه في (الأحكام)[1]]، وبه قال أبو حنيفة والشافعي، ولا أحفظ فيه خلافاً.

ووجهه: أن أجزاء الحنطة تكون أكثر؛ لأن الحنطة إذا طحنت، ازداد كيلها؛ وهذا مما يوضح قولنا في الرطب بالتمر والعنب بالزبيب.

مسألة: في بيع الطحين أو الخبز بالدقيق أو الحنطة

قال: ولا بأس ببيع العجين، (أو الخبز، بالدقيق أو الحنطة، وإن حصل فيه التفاضل.

[وهذا منصوص عليه في (الأحكام) [2]] .

وذلك أنه ليس فيهما إلا الجنسية)[3]؛ لأن الخبز قد خرج عن الكيل إلى أن صار موزوناً، وكذلك العجين، فلم يحصل فيهما إلا جزء من /٦٠/ علة الربا؛ وإنما يمنع النسأ دون التفاضل.

مسألة: في بيع الحنطة المقلوة بالمبلولة

قال: ولا يجوز بيع الحنطة المبلولة بالحنطة المقلوة.

[وهذا منصوص عليه في (الأحكام) [4]].

وذلك لما بينهما من التفاوت؛ لأن المبلولة أجزاؤها أقل من أجزاء المقلوة؛ لأن المبلولة لا تساوي المقلوة لما فيها من أجزاء الماء؛ فالكلام فيها كالكلام في الرطب بالتمر.

مسألة: في بيع الأقمشة وبيان أجناسها

قال[5]: والثياب مختلفة الأجناس، فالخز مع تنوعه جنس واحد، وكذلك المروية جنس واحد [6]، وكذلك القصب، والوشي.

---

(١) انظر: الأحكام ٦٨/٢.
(٢) انظر: الأحكام ٦٨/٢ - ٦٩.
(٣) ما بين القوسين سقط من (أ).
(٤) انظر: الأحكام ٦٩/٢.
(٥) سقط من (أ) قال.
(٦) سقط من (ب) جنس واحد.

قال: ولا بأس ببيع الثياب إذا اختلفت أجناسها واحداً بواحد، وواحداً باثنين، معجلاً ومؤخراً، فإن كان من جنس واحد، جاز التفاضل، وحرم النسأ؛ وكذلك القول في غير الثياب.

[وهذا منصوص عليه في الأحكام[١]].

ما قلناه من الاختلاف والاتفاق في أجناس الثياب؛ لأنها فروع من أصول هي مختلفة الأجناس، لأنها تكون من القطن، والكتان، والابريسم، والخز، ونحو ذلك.

والذي يبين أنها أجناس مختلفة: أن الزكاة تجب في بعضها، ولا تجب في بعض؛ لأنها لا تجب في الإبريسم، والخز، والصوف، وتجب في الكتان، والقطن؛ ثم القطن والكتان لا يجب ضم بعضها إلى بعض، كما لا يجب ضم الشاء إلى الإبل[٢] والبقر؛ وذلك أنهما جنسان مختلفان، وكذلك اختلاف أحوالهما على المناظر دال على ذلك، والإبريسم والخز [٣] والصوف أيضاً مختلفة؛ لأن الصوف من الضأن، وهو[٤] مخالف للدود والخز، وكذلك الدود والخز مختلفان لما ذكرناه، فإذا ثبت ما قلناه في أصول الثياب، ثبت ذلك في الثياب، كما قلنا في اللحوم والألبان.

وأما ما ذكرناه من كيفية جواز بيع بعضها ببعض، فقد تقدم القول فيه، فلا وجه لإعادته.

مسألة: في بيع الحديد والنحاس والرصاص بعضه ببعض

قال: والحديد كله جنس واحد، وكذلك النحاس، والرصاص[٥].

ووجهه: أنها لا تختلف على المناظر في المعاني المقصودة بها[٦] إليها، وفي الاسم الأخص على ما مضى القول فيه، فلا وجه لإعادته.

---

(١) انظر: الأحكام ٢/٦٩ - ٧٠.
(٢) في (أ): الإبل.
(٣) سقط من (أ) والخز.
(٤) في (أ): وهي.
(٥) انظر: الأحكام ٢/٦٧ حيث ذكره بالمعنى.
(٦) في (أ): بها عليها إليها.

مسألة: في بيع الحيوان بالحيوان مع نقد

قال: ولا بأس أن يشتري حيواناً بحيوان - مثله ، أو خلافه - مع نقد.

[وهذا منصوص عليه في (الأحكام) [١]]

قد بينا فيما تقدم أنه لا بأس أن يُشتَرى الحيوان بالحيوان - سواء كانا جنسين، أو مختلفين - يداً بيد، فإذا ثبت ذلك، فدخول النقد إن لم يزد البيع تأكيداً، لم يكسبه ضعفاً، فوجب أن يكون ذلك على ما قال.

مسألة: في بيع شيئين بشيء واحد

قال: ولا بأس أن يشتري ثوباً ودرهماً بدينار، وهذا صحيح على ما بيناه.

قال: ولو قال: اشتريت منك هذا الثوب بدينار إلا درهماً، كان ذلك والأول سواء.

اعلم أنه أجرى قوله: اشتريت منك هذا الثوب بدينار إلا درهماً مجرى قوله اشتريت الثوب والدرهم بدينار.

ووجهه: أن من /٦١/ أصلنا حمل عقود المسلمين على الصحة متى أمكن ذلك، واحتمل اللفظ معنى يصح، أو احتمل صرفه إلى معنى صحيح؛ فإذا ثبت ذلك، وأردنا حمل هذا اللفظ على معنى صحيح، لم يخلُ من أن نقول: قد بعتك هذا الثوب بدينار قد حُط منه ما قيمته الدرهم، أو نقول: إن معناه بيع الثوب ودرهم بدينار، ولم يجز حمله على أنه ثوب بدينار قد حط منه ما يكون قيمة لدرهم[٢]؛ لما فيه من الجهالة، ولأنه يحتاج إلى ضرب من الاجتهاد، فلم يبقَ إلا ما قلناه، فكان حمل اللفظ عليه أولى.

قال: ولا بأس على هذا أن يشتري ثوباً بدينار إلا مكوك طعام.

ووجهه: ما بيناه في المسألة التي قبلها.

---

(١) انظر: الأحكام ٢/٦٤.

(٢) في (أ): درهم.

مسألة: في أحكام متفرقة في بيع الأراضي

قال: ولا بأس باشتراء أرض بالحنطة، أو الدراهم، إذا لم يكن فيها حنطة قائمة.

وهذا لا إشكال فيه، إذ ليس مع المبيع شيء من جنس الثمن.

قال: فإن كان فيها حنطة قائمة، لم يجز أن يشترى بالحنطة وحدها، ولامع غيرها، فإن كانت الحنطة التي اشتري بها الأرض، أكثر من الحنطة القائمة في الأرض، جاز ذلك تخريجاً.

وهذا محمول على أنه لا يعلم أن الحنطة المشترَى بها أكثر من الحنطة القائمة في الأرض إن اشتري بالحنطة وحدها، وإن كانت اشتريت بها مع غيرها من العين، أو الوُرق، كان محمولاً على أن تكون الأرض اشتريت وحدها بالعين، أو الورق[1]، والحنطة بالحنطة، من غير أن يعلم التساوي فيهما، فيكون الفساد راجعاً إلى الشراء بالحنطة، ويصح بيع الأرض بالعين أو الورق.

فأما إن شريت[2] الأرض وفيها حنطة بالحنطة، فيجب ألا يصح البيع، إلا أن تكون الحنطة المشترى بها الأرض أكثر من القائمة في الأرض؛ لتكون الحنطة بالحنطة مثلاً بمثل، وما فضل من الحنطة، كان ثمناً للأرض، على ما بيناه في مسألة الزبد باللبن والزبد.

قال: ولا بأس أن يشترى[3] بغير الحنطة مما يكال يداً بيدٍ، ولا يجوز نسأ، وذلك لأن ما يكال لا يجوز أن يباع بما يكال نسأ على ما مضى القول فيه.

وإن باع أرضاً فيها حنطة بأرز نسأ، كان قد باع حنطة بأرز نسأ، وذلك لا يجوز، وإنما يجوز ذلك يداً بيد.

قال: وأما ما يوزن، فلا بأس أن يشترى به يداً بيد، ونسأ.

وذلك أنه لم يحصل بينهما شيء مما يوجب الربا، لا الجنس، ولا الكيل؛ لأن

---

(١) في (أ): والورق.

(٢) في (أ): إذا اشتريت.

(٣) في (أ): أن يشترى بما يكال.

أحدهما إذا كان مكيلاً، والآخر موزوناً، لم يشتركا في شيء من أوصاف علة الربا.

قال: وكذلك القول في سائر الزروع القائمة في الأرض، وقد مضى بيانه، فلا /٦٢/ حاجة بنا إلى إعادته.

قال: فإن بيعت الأرض، واستثنى زرعها، فلا بأس بجميع ذلك، وذلك أن الزرع إذا استثني، ولم يعقد البيع عليه، كانت الأرض هي المبيعة على الانفراد، فصح بيعها بجميع ما تقدم يداً بيد ونسأ؛ إذ لم يحصل هناك شيء من أوصاف علة الربا.

[وجميع هذه المسائل منصوص عليها في (المنتخب)[١]]

مسألة: في بيع المكيل أو الموزون قبل إعادة كيله أو وزنه

قال: ولو أن رجلاً اشترى مكيلاً، أو موزوناً، بكيل معلوم، أو وزن معلوم، لم يكن له أن يبيعه حتى يستوفيه بكيله أو وزنه؛ وإذا باعه، وجب إعادة كيله أو وزنه.

[وهذا منصوص عليه في (الأحكام)[٢]].

وذلك لما روي عن النبي - صلى الله عليه وآله وسلم -: أنه نهى عن بيع الطعام حتى يجري فيه الصاعان، صاع البائع، وصاع المشتري[٣].

ومن طريق الإعتبار أنه لا يتعين حقه إلا بأن يكتاله، لجواز أن يزداد، أو ينقص إذا كيل، فصار قبل الكيل، وإن قبض في حكم ما لم يقبض، إذ الاستيفاء يجب أن يقع بالكيل، فما لم يكتل، فكأنه لم يُقبض في الحكم، وكذلك الموزون يجوز أن يزداد، أو ينقص إذا وزن، فإذا اشتراه وزناً، ولم يزنه، لم يكن في الحكم قابضاً، وهكذا المشتري الثاني إذا اشترى منه مكيلاً أو موزوناً، لا يتم بيعه إلا أن يكيل المكيل، أو يزن الموزون؛ لأن القبض لا يتم إلا بهما على ما بيناه، ولا يتم البيع إلا بالقبض؛ ألا ترى أن المكيل إذا كيل مرة أخرى، وكذلك الموزون إذا وزن مرة أخرى لم يمتنع أن يزيد،

---

(١) انظر: المنتخب ٢٢٤.

(٢) انظر: الأحكام ٢/٧١.

(٣) أخرجه البيهقي ٥/٣١٦، والدارقطني ٣/٨، وابن ماجة ٢/٧٥٠ عن جابر.

أو ينقص؟ فلذلك قلنا: إن المشتري الثاني - أيضاً - لابد له من كيل أو وزن، على أنه إذا ثبت أنه قبل الكيل، أو الوزن، لا يكون قابضاً حقه على التحقيق، أبطلنا البيع قبلهما، لما روي عن النبي - صلى الله عليه وآله وسلم -: « أنه نهى عن البيع قبل القبض». وما روي أنه - صلى الله عليه وآله وسلم -: «نهى عن بيع الطعام قبل القبض».

وروى زيد بن علي، عن أبيه، عن جده، عن علي - عليهم السلام - أنه قال: « إذا اشتريت[1] شيئاً مما يكال، أو يوزن، فقبضته، فلا تبعه حتى تكتاله، أو تزنه»[2].

وبه قال أبو حنيفة وأصحابه.

مسألة: في إعادة الكيل في الإقالة والتولية

قال: والبيع والإقالة والتولية فيه سواء.

[وهذا منصوص عليه في (الأحكام)[3]] .

أما التولية، فهي بيع لا خلاف فيه، فوجب أن تكون هي والبيع في ذلك لا تختلف. وأما الإقالة، فهي عنده بيع على الوجوه كلها.

قال زيد بن علي - عليهما السلام -: الإقالة بمترلة البيع، والتولية بمترلة البيع. وحكي عن مالك أنه يقول به. وقال أبو حنيفة: الإقالة فسخ في حق المتعاقدَين قبل القبض وبعده؛ وعند أبي يوسف بعد القبض بيع مستقل، وكذلك إذا وقعت قبل القبض.

ويدل على أنها بيع: قول الله تعالى: ﴿وَلَا تَأْكُلُوا أَمْوَالَكُم بَيْنَكُم بِالْبَاطِلِ﴾(البقرة: ١٨٨)، فاقتضى الظاهر تحريم أكل مال الغير، إلا أن تكون تجارة عن تراض؛ والتجارة اسم للبيع والشراء، فلما ثبت أن البائع يحل له ما باع بالإقالة عن تراضٍ، ثبت أنها بيع

---

(١) في (أ)، (ب): اشترى دينه على ما أثبتناه في هامش (ب).
(٢)المسند كتاب البيوع، باب بيع الطعام.
(٣) انظر: الأحكام ٢/٧١.

عن تراض، وأيضاً لما عاد إلى صاحبه الأول /٦٣/ بتراضيهما على عوض معلوم، وجب أن يكون ذلك بيعاً مستأنفاً. دليله لو عاد إليه بثمن من غير ذكر للثمن الأول، أو عاد إليه بلفظ البيع، وأيضاً قد ثبت أنها بيع في[1] حق الشفيع، يثبت بها وجوب الشفعة، فوجب أن تكون بيعاً في حقهما. دليله البيع، لما كان (بيعاً في حق غير المتعاقدين، كان بيعاً)[2] في حق المتعاقدين. دليله أيضاً الهبة على العوض، كما كان بيعاً (في حق الغير، كان بيعاً في حقهما)[3].

فإن قيل: الإقالة رفع لذلك، كما قيل: أقال الله عثرته؛ فوجب أن يكون ذلك رفع البيع، وهو الفسخ.

قيل له: ليس الأمر على ما ذكرت؛ لأن إقالة العثرة؛ ليست رفع العثرة، لأن العثرة قد حصلت، فلا يصح رفعها، وإنما المراد بها إسقاط العقاب المستحَق، فكذلك الإقالة في البيع تتضمن إسقاط الثمن المستحق بالبيع، سواء كان على وجه الْمُقاصَّة، بأن يستحق المشتري عليه بمثل ثمنه، أو بغير ذلك؛ وإذا كان هذا هكذا، لم يكن في لفظ الإقالة دليل على أنها فسخ، وإنما يدل على ما قلنا.

فإن قيل: إنها تصح بغير تسمية الثمن، ولو كان بيعاً، لم يصح بغير تسمية الثمن.

قيل له: الإقالة تتضمن التسمية، وإن لم يتلفظ بها على ما بينا من أن معناها إسقاط المستحَق من الثمن، وإذا كان ذلك كذلك، لم يمتنع أن تكون بيعاً؛ ألا ترى أن التولية تصح من غير تسمية مقدار الثمن، وإن كان ذلك لا يصح في سائر البياعات، لَمَّا كان معنى التولية يتضمنه حتى يكون في حكم المنطوق؟ فكذلك الإقالة يتضمنها معنى تسمية الثمن.

فإن قيل: لو كانت الإقالة بيعاً مستأنَفاً، لَمَا صحت قبل القبض.

قيل له: الأظهر على مذهب أصحابنا أنها لا تجوز قبل القبض، لتنصيص يحيى

(١) في (أ): بيع في حق الغير بجانب وجوب.
(٢) ما بين القوسين بياض في (أ).
(٣) ما بين القوسين بياض في (أ).

- عليه السلام - في المسألة التي نحن فيها أن[1] الإقالة لا تصح فيما يكال حتى يكال، فيسقط عنا هذا الإلزام، على أن الأقرب أنه قول زيد بن علي؛ لأنه قال - عليه السلام -: يصححها ما يصحح البيع، ويفسدها ما يفسد البيع. على أن جميع ما ألزمونا يلزمهم[2] في حق الغير؛ لأنها عندهم في حق الغير بيع مستأنف.

فإن قيل: لو كان بيعاً، لم تَجُز في السَلَم قبل القبض.

قيل له: لا يمتنع أن نقول: إنه في السلم قبل القبض فسخ؛ لأنه لا يتعلق عليه شيء من أحكام البيع المستأنف، ولأنه لا يعود إلى ملك صاحبه شيء عمَّن خرج من ملكه - أعني المسلم إليه - وإنما يسقط عن ذمته ما كان ثابتاً فيها؛ فلم يحصل فيها إذا كانت في السلم شيء مما دللنا على أنها بيع، فلم يجب أن يكون بيعاً فيه[3].

مسألة: في شراء المكيل والموزون بثمن مكيل لم يقبضه

قال: والمستحب لمن باع مكيلاً ألا يشتري بثمنه مكيلاً سواه قبل قبض الثمن، ومعناه مكيلاً من جنسه.

[وهذا منصوص عليه في (الأحكام) [4]].

ووجه الاستحباب فيما ذكر: أنه /٦٤/ يكون أبعد من تهمة الربا ومشابهته؛ لأنه إذا أعطاه صاعين تمراً رديئاً، وعقد عليه البيع بثمن معلوم، ثم اشترى بذلك الثمن صاعاً من تمر جيد قبل قبض الثمن، يكون كأنه توصل إلى معنى الربا بذكر الثمن؛ لأنه لا يبطل البيع في ذلك، لكن استحب ما ذكرناه؛ للوجه الذي بيناه.

قال: فإن اشترى بثمنه قبل قبضه موزوناً، أو شيئاً مما لا يكال ولا يوزن، لم يكن به بأس.

وكذلك القول في من باع موزوناً، وذلك أنه إذا اشترى بثمن المكيل الموزون[5]،

---

(١) في (أ): لأن.

(٢) في (أ): نلزمهم.

(٣) سقط من (أ) فيه.

(٤) انظر: الأحكام ٢/٦٧.

(٥) في (أ): الموزون فيه تهمة الزيادة الربا.

لم يكن فيه تهمة الربا، إذ يجوز بيع بعضه ببعض متفاضلاً، فأولى أن يجوز[1] ولا يكره؛ لدخول الثمن بينهما.

وأما الموزون في هذا الباب في أنه لا يشتري به موزوناً من جنسه من قبل قبض الثمن استحباباً، فهو كالمكيل للوجه الذي بيناه.

مسألة: في بيع اللحم بالحيوان

قال: ولا يجوز بيع اللحم - من أي جنس كان - بحيوان يؤكل لحمه.

[وهذا منصوص عليه في (الأحكام) [2]].

الأصل فيه: ما روي عن النبي - صلى الله عليه وآله وسلم - أنه نهى عن بيع اللحم بالحيوان[3]. وكان القياس أن ذلك يجوز؛ لأن الحيوان لا يجري فيه تحريم التفاضل على ما مضى القول فيه؛ لأنه لا يحصل فيه وصفا علتي الربا؛ ألا ترى أنه لا يتأتّى فيه الكيل والوزن، بل لا يحصل فيه إلا الجنسية؟ فكان الواجب أن يحمل ذلك على المذبوح، واللحم الذي من جنسه، كما كان يذهب إليه أبو حنيفة، وأبو يوسف، ثم روي أن جزوراً نُحرت على عهد[4] أبي بكر، فجاء رجل بعَناق فقال: أعطوني منه بهذا العناق، فقال أبو بكر: لا يصلح هذا، وقيل: ذلك عن ابن عباس أيضاً، ولا يجوز أن يكونا قالاه إلا نصاً؛ إذ النظر لا يقتضيه؛ على أنهما لو كانا قالا ذلك اجتهاداً، فلا يعرف لهما مخالف في الصحابة، فجرى مجرى الإجماع، فلما ثبت ذلك، حملنا قوله - صلى الله عليه وآله وسلم - على ذلك.

وقلنا: لا يجوز بيع اللحم - من أي جنسٍ كان - بشيء من الحيوان الذي يؤكل لحمه، وبقَّينا ما لا يؤكل لحمه على القياس، وقلنا: بإجازته؛ لأنهما قالا: لا يصلح لحم الجزور بعناق، فكان فيه أن اللحم وإن كان من جنس مخالف لذلك الحيوان، فإنه لا

---

(١) في (أ): أن لا.

(٢) انظر: الأحكام ٢/٦٤.

(٣) أخرجه الحاكم ٢/٤١، والبيهقي ٥/٢٩٦ عن سعيد بن المسيب مرسلاً.

(٤) في (أ) ، (ب): على عهد رسول الله - صلى الله عليه وآله وسلم - وظنن في (ب) على ما أثبتناه.

يجوز أن يُشترى به إذا كان مما يؤكل لحمه.

وما قلنا في هذا به قال الشافعي.

مسألة: في بيع المزابنة

قال: ولا يجوز بيع المزابنة، وهي بيع التمر في رؤوس النخيل[1] بتمر - مكيل، أو غير مكيل - وأشار القاسم إلى أنه يجوز في العرايا.

قال: وهي النخلة، والنخلتان، والثلاث، والعشر.

قال: والعرايا هي العطايا يعطيها صاحبها فتجنى رطباً.

[وهذا منصوص عليه في (الأحكام)[2]]

والأصل فيه: ما روي عن النبي - صلى الله عليه وآله وسلم - أنه نهى عن بيع المزابنة، وهي /٦٥/ بيع التمر في رؤوس النخل بتمر، وروي[3] ذلك من طرق شتى.

ورواه زيد بن علي، عن أبيه، عن جده، عن علي - عليهم السلام - قال: «نهى رسول الله - صلى الله عليه وآله وسلم - عن المحاقلة، والمزابنة»[4].

ولأن النبي - صلى الله عليه وآله وسلم - نهى عن بيع التمر بالتمر، إلا مثلاً بمثل، كيلاً بكيل، ولأنه لو كان موضوعاً على الأرض، كان لا يجوز أن يباع بتمر مجازفة حتى يستويا في الكيل، فكذلك إذا كان على رؤوس النخل؛ وهذه الجملة لا خلاف فيها، وهو أيضاً مقيس على ما زاد على خمسة أوسق، والعلة أنه بيع التمر بالتمر من غير حق[5] المساواة بينهما، أو لأنه بيع تمر على رؤوس النخل بتمر.

---

(١) في (أ): النخل والنخلتان.

(٢) انظر: الأحكام ٢/٨٦.

(٣) في (أ): روى.

(٤) المسند كتاب البيوع، باب ما نهي عنه من البيوع .

(٥) في (ب): في حق المساواة.

مسألة: الكلام في العرايا

واختلف في العرايا فذهب أبو حنيفة وأصحابه إلى أن العرية هي العطية، وبه قال مالك، وإياه عنى القاسم فيما ذكر.

وقال الشافعي: هي بيع التمر على رؤوس النخل بخرصها من التمر فقال: وهي مشتقة من إعراء بعض النخيل من بعض، وهو الإفراد، قال: وذلك جائز فيما دون خمسة أوسق، فكل ما ذكرنا من الأثر والنظر يدل على فساد ما قال؛ وفيه أيضاً أنه مقيس على بيع الحنطة في المزرعة بخرصها حنطة قد حُصدت، بعلة أنهما جنس مكيل، فلا يجوز بيع بعضه ببعض إلا مثلاً بمثل.

فإن قيل: إن رسول الله - صلى الله عليه وآله وسلم - رخص في العرايا:

روي عن ابن عمر: أن رسول الله - صلى الله عليه وآله وسلم - رخص في العرايا، ونهى عن بيع التمر بالتمر[1]. وحدثنا زيد بن ثابت: أن رسول الله - صلى الله عليه وآله وسلم - رخص في العرايا[2].

وروي عن خارجة بن زيد بن ثابت، عن أبيه أن رسول الله - صلى الله عليه وآله وسلم - رخص في العرايا بالتمر أو الرطب[3].

وروي نحوه عن جابر، وأبي هريرة: أنه - صلى الله عليه وآله وسلم - رخص في العرايا فيما دون خمسة أوسق، أو في خمسة أوسق، شَكَّ الراوي[4].

قيل له: هذه الأخبار تحتمل ثلاثة أوجه:

أحدها: ما ذكره أبو العباس الحسني - رضي الله عنه - في (النصوص) [5] أن معناه

---

(١) أخرجه البخاري ٧٦٠/٢، ومسلم ١١٦٩/٣، وابن حبان ٣٧٩/١١، وأبو عوانة ٢٩٣/٣، والترمذي ٥٩٤/٣، والنسائي ٢٠/٤ .

(٢) انظر التخريج السابق.

(٣) أخرجه البيهقي ٣١١/٥، وأبو داود ٢٥١/٣، والنسائي ٢٠/٤.

(٤) أخرجه البخاري ٧٦٤/٢، والبيهقي ٣١١/٥، وأبو داود ٢٥٢/٣.

(٥) في (أ): من أن.

أن يعطي الرجل نخلات من النخيل لتُجنَى رطباً بتمر[1] مؤجل، وفيه ترخيص للمحتاجين الذي يشكون إلى رسول الله - صلى الله عليه وآله وسلم - أن الرطب يأتيهم ولا نقد في أيديهم، فرخص رسول الله - صلى الله عليه وآله وسلم - في شراء ما دون خمسة أوسق بتمر[2] مؤجل؛ لئلا يلحقهم الضرر بإخراج العشر؛ لأن من أصل يحيى - عليه السلام - أن المشتري إذا اشترى ما يجب فيه العشر، كان عليه أن يخرج العشر، وأن يرجع بثمنه على البائع.

قال: والخرص راجع إلى ما على رؤوس النخل، ومعنى الخرص الاحتراز من لزوم العشر.

و[الوجه الثاني]: حكى الطحاوي[3]، عن عيسى بن أبان أنه قال: إن العرية هي الهبة قبل التسليم، وهي لم تصر ملكاً للمعرى، قال: ولا يجوز لأحد أن يأخذ بدلاً لما لا يملك فيملكه، والتمر الذي يأخذ المعري بدلاً عن[4] عريةٍ لم يملكها يطيبُ له، ويملكه[5] بهذه الرخصة التي في هذا الخبر.

وذُكِرَ فيه وجه ثالث: وهو أن المعري هو الواهب لتلك النخل أراد الرجوع قبل التسليم، وقد كان حين وهب تضمن تلك الهبة التسليم، فكأنه وعده؛ ويكره للمسلم الإخلاف في الوعد، وكذلك للموهوب له أخذ عوض ما لم يملكه، فأجاز الخبر ذلك، فأخرج المعري من أن يكون خالف الوعد، وأجاز للمعري تناول بدل ما لم يملكه، ويسمى ذلك بيعاً على طريق المجاز لاشتماله على المعاوضة.

فإن قيل: كيف[6] يستقيم هذان الوجهان على مذهبكم، وعندكم أن الهبة تصح من غير قبض؟

قيل له: يصح ذلك من وجهين: أحدهما: أنا نجُوز الرجوع فيها، وإن كرهناه، فدل

---

(١) في (ب): بثمن.

(٢) في (ب): بثمن.

(٣) انظر شرح معاني الآثار ٣٢/٤.

(٤) في (أ): من.

(٥) في (ب): ويملكها.

(٦) في (أ): فكيف.

هذا الخبر على أنه لا يكره إذا عوض المعري.

والثاني: أنا لا نصحح الهبة إلا بالقبول، فنجعل بدل قولهم التسليم القبول كان ذلك قبل القبول، فتستتم التأويلات، والله أعلم.

فإن قيل: لما روي أن النبي[١] - صلى الله عليه وآله وسلم -: نهى عن بيع المزابنة، ورخص في العرايا، وجب أن يكون ذلك مستثنى من جملة البيع.

قيل له: لا يجب ذلك، لأن كل واحدة[٢] من اللفظتين يستقل بنفسه، فلا يجب أن يجري مجرى الاستثناء؛ ويجوز أن يكون بعض الرواة تأول ذلك على ما قاله الشافعي، فاستثنى ذلك من عند نفسه.

فإن قيل: فما فائدة ذكر الأوساق على التأويلين الآخرين؟

قيل له: يجوز أن تكون تلك [٣] الرخصة اتفقت فيما دون خمسة أوسق، فروى أبو هريرة على ما شاهد، لا لأن للأوساق فيه تأثيراً، على أن حمل الخبر على ما قلناه أولى؛ لأن سائر الأخبار تعضده، والقياسات تؤكده، والأصول تشهد له؛ لأن شيئاً من المكيل ولا الموزون عندنا، ولا المكيل عند الشافعي، لا يجوز بيع بعضه ببعض خرصاً، بل لا يجوز إلا مع العلم بالمساواة، ويؤكد ذلك ما روي: «خففوا الخرص، فإن في المال العرِيَّة والوصية»[٤]. وقد علمنا أن المراد به ليس هو البيع، لأن التخفيف لا يجب من أجل البيع.

فإن قيل: فقد روي أنه[٥] رخص في بيع العرايا، وشيء مما ذكرتموه ليس ببيع.

قيل له: لا يمتنع أن يجري عليه اسم البيع كما قال الله تعالى: ﴿إِنَّ اللهَ اشْتَرَى مِنَ الْمُؤْمِنِينَ أَنفُسَهُمْ وَأَمْوَالَهُم﴾(التوبة/١١١)، ثم قال: ﴿فَاسْتَبْشِرُوا بِبَيْعِكُمُ الَّذِي بَايَعْتُم

---

(١) في (أ): رسول الله.
(٢) في (أ): واحد من اللفظين.
(٣) في (أ): أن تكون الرخصة.
(٤) أخرجه البيهقي ١٢٤/٤، وابن أبي شيبة ٤١٤/٢ عن مكحول مرسلاً.
(٥) في (أ): فقد روي (أرخص في بيع العرايا).

به﴾، وقال: ﴿وَمِنَ /٦٧/ النَّاسِ مَن يَشْتَرِي لَهْوَ الْحَدِيثِ﴾(لقمان/٦)، وقال: ﴿وَلا تَشْتَرُوا بِآيَاتِي ثَمَناً قَلِيلاً﴾(البقرة/٤١)، ومنه قيل للبيعة بيعة، وكل مستعمل على طريق التجوز على التشبيه[1] بالبيع، وكذلك ما سألتم عنه؛ للأدلة التي بيناها.

علــى أنهم إذا قالوا بذلك، قالوا بتخصيص العلة مع إنكارهم له؛ لأنهم لا يجيزون المأكول الجنس إلا مثلاً بمثل، ولا يجيزون الوصول إلى التماثل بالخرص، فقد أجازوا في هذه المسألة، فقد ناقضوا أصولهم، والبيع على غير المماثلة[2] والتوصل إلى المماثلة بالخرص.

---

(١) في (أ): بياض.

(٢) في (أ): المتوصل.

باب القول في خيار البيِّعين

مسألة: في معنى افتراق البيعين

البيعان بالخيار ما لم يفترقا تفرق الأقوال، ولا معنى[1] لتفرق الأبدان.

[وهذا منصوص عليه في (الأحكام)[2]]، وهو قول زيد بن علي – عليهما السلام – وبه قال أبو حنيفة وأصحابه ومالك. وقالت الإمامية: التفرق تفرق الأبدان، وبه قال الشافعي.

والذي يدل على صحة قولنا قول الله تعالى: ﴿يَأَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا أَوْفُوا بِالْعُقُودِ﴾(المائدة: ١)، وقد عقدا البيع بينهما من غير شرط الخيار، فلو جعلنا لهما الخيار، كنا أجزنا لهما ترك الوفاء بما عقدا، وذلك خلاف ما تضمنت الآية.

ويدل على ذلك قول الله تعالى: ﴿لا تَأْكُلُوا أَمْوَالَكُم بَيْنَكُم بِالْبَاطِلِ إِلاَّ أَن تَكُونَ تِجَارَةً عَن تَرَاضٍ﴾(النساء: ٢٩)، والتجارة هي البيع والشراء، وقد حصلا عن تراض، فوجب أن يجوز للمشتري أكله واستهلاكه، والقول بخلافه للخيار مخالف للآية، وقال: ﴿وَأَشْهِدُوا إِذَا تَبَايَعْتُم﴾(البقرة: ٢٨٢)، والغرض به التوثقة، وإثبات الخيار له بعد العقد، والإشهاد إبطال للتوثقة.

وروي عن النبي – صلى الله عليه وآله وسلم – أنه قال: «من اشترى طعاماً، فلا يبعه حتى يقبضه». فتضمن ذلك إجازة البيع بعد القبض من غير ذكر الخيار.

ومثله ما روي: أنه – صلى الله عليه وآله وسلم – نهى عن بيع الطعام حتى يجري فيه الصاعان، صاع البائع، وصاع المشتري.

وروي عنه – عليه السلام –: «أنه لا يُجزئ ولد والده، إلا أن يجده مملوكاً

---

(١) في (أ): معتبر بتفرق.

(٢) انظر: الأحكام ٢/٤٤.

فيشتريه، فيعتقه». فعلق العتق بالشراء من غير اشتراط الافتراق، يدل على أن الملك يستقر بنفس العقد.

ويؤكد ذلك قول النبي - صلى الله عليه وآله وسلم -: «المسلمون عند شروطهم»؛ لأن كل واحد منهما دخل في العقد للتمليك بنفس العقد.

وروي: «من باع عبداً، فماله للبائع إلا أن يشترط المبتاع». فجعله للمبتاع بالشرط من غير التفرق.

فإن قيل: روي عن النبي - صلى الله عليه وآله وسلم - أنه قال: «البائعان بالخيار ما لم يتفرقا»[1]. فجعل لهما الخيار قبل التفرق.

قيل له: وقد روي: «المتبايعان بالخيار»[2]. /٦٨/ وهذان الاسمان لا يكونان ثابتين لهما إلا في حال الفعل، لأن أسماء الفاعلين إنما تكون أسماء للفاعلين على الحقيقة في حال الفعل، وأما بعد تقضي الفعل، فإنما يجري ذلك الاسم عليهما على سبيل المجاز؛ وهذا كقول القائل في رجلين: إنهما متحاربان، أو متقاتلان، أو متضاربان، في أن ذلك لا يستعمل إلا في حال كونهما كذلك؛ يؤكد ذلك أنهما لو تفاسخا بعد البيع، كانا متفاسخين، فلو كان الاسم يبقى بعد الفعل، كانا في الحقيقة متفاسخين متبايعين، وذلك تناقض، فصح ما قلناه؛ وإذا صح ذلك، ثبت أن المراد بقوله: «البيِّعان». وقوله: «المتبايعان». المتساومان؛ لأن السوم يُعبَّر به عن البيع كما روي عنه - عليه السلام -: «لا يبيعنَّ أحدكم على بيع أخيه». وفي خبر آخر: «لا يسومنَّ على سوم أخيه». فعبر عن السوم تارة بالبيع، وتارة بالسوم، فعُلم أن البيع يستعمل في السوم.

---

(١) أخرجه البخاري ٧٤٣/٢، والنسائي ٧/٤، وأبو داود ٢٧٣/٣، وابن أبي شيبة ٥٠٤/٤ عن حكيم بن حزام.

(٢) أخرجه البخاري ٧٤٣/٢، والنسائي ٧/٤، وأبو داود ٢٧٢/٣، والحميدي ٢٩٠/٢ عن عبد الله بن عمر.

وروى نافع(١)، عن ابن عمر أن النبي - صلى الله عليه وآله وسلم - قال: «كل بيِّعين(٢) لا بيع بينهما حتى يفترقا، إلا بيع الخيار»(٣). فلم يجعل بينهما - عليه السلام - بيعاً حتى يفترقا، وقد سماهما متبايعين، فعُلم أن المراد به المتساومان؛ إذ لا خلاف أن البيع واقع بنفس عقد(٤) الإيجاب والقبول، قال الله تعالى: ﴿وَمَا تَفَرَّقَ الَّذِينَ أُوتُوا الْكِتَابَ إِلاَّ مِن بَعْدِ مَا جَاءَتْهُمُ الْبَيِّنَةُ﴾(البينة:٤)، وقال: ﴿وَلا تَكُونُوا كَالَّذِينَ تَفَرَّقُوا وَاخْتَلَفُوا﴾(آل عمران: ١٠٥)، وقال: ﴿إِنَّ الَّذِينَ فَرَّقُوا دِينَهُمْ وَكَانُوا شِيَعاً﴾(الأنعام: ١٥٩)، وروي عنه - صلى الله عليه وآله وسلم - أنه قال: «ستفترق أمتي على ثلاث وسبعين فرقة». والمراد بجميع ذلك تفرق الأقوال، فوجب أن ينقطع الخيار عند حصول أول جزء منه، كما أن إباحة الأكل والشرب لَمَّا جعلت غايتها للصائم وقت طلوع الفجر، كان أول جزء من الفجر قاطعاً للغاية، وذلك حكم العادات أجمع، فدل ذلك على انقطاع خيارهما عند حصول تفرق الأقوال، على أن تفرق الأبدان لا تأثير له مع عدم تفرق الأقوال، فبان أن الحكم يتعلق بتفرق الأقوال؛ إذ التاثير له دون تفرق الأبدان؛ على أنا لو حملناه على تفرق الأبدان، لم يجب فيه ما ذهب إليه مخالفنا، لأنه يحتمل أن يكون المراد به أن البائع إذا قال: بعتك، فللمشتري قبوله في المجلس ما لم يفارقه، إذا لم يُعرضا عنه، ويأخذا في غيره، وللبائع الرجوع فيه ما لم يقبله المشتري، فإن افترقا قبل القبول عن المجلس، بطل الإيجاب، ولم يكن للمشتري القبول، فيكون هذا الخيار مقصوراً على المجلس.

فإن قيل: التفرق إذا أريد به الحقيقة، فهو تفرق الأبدان دون تفرق الأقوال، فعليها يحمل(٥) قول النبي - صلى الله عليه وآله وسلم - وكذلك قوله: «البيعان». فهذا الاسم لا يكون حقيقة إلا بعد حصول /٦٩/ البيع.

---

(١) في (ب): وروى ابن عمر.

(٢) في (ب): البيعين.

(٣) انظر التخريج السابق.

(٤) في (ب): العقد.

(٥) في (أ): يجب أن يحمل.

قيل له: قول النبي - صلى الله عليه وآله وسلم - وكذلك قول الله تعالى، حملهما على ما جعله العرف حقيقة دون ما يوجبه أصل اللغة والاشتقاق؛ والعرف عرفان: عرف اللغة، وعرف الشرع، كما قلنا ذلك في الغائط، والدابة، والصوم، والصلاة؛ فإذا ثبت ذلك، فقد علمنا أن عرف اللغة قد جعل التفرق حقيقة في الأقوال إذا استعمل فيما يكون مخاطبة ومفاوضة حتى لا يعقل عند الإطلاق إلا ذلك، فوجب حمل قوله - صلى الله عليه وآله وسلم - فيما اختلفنا فيه على تفرق[1] الأقوال؛ لأنه وارد في حكم الإيجاب والقبول والسلام والبيع، وكل ذلك أقوال، كما يجب أن يحمل قول القائل: فلان وفلان اتفقا في كذا، ثُمَّ افترقا، على تفرق القول، لتعلق ذلك بالأقوال، كذلك البَيِّعان، فلا بد من أن يدخلهما المجاز على المذهبين جميعاً؛ لأن حقيقة الأسماء المشتقة من الأفعال لا تستعمل حقيقة في الفاعلين إلا حال الفعل، كالمصلي، والقائم، والقاعد، وما جرى مجراها، والبيع لا يحصل إلا بخروجهما[2] من حقيقة البيعين، فلا بد من أن يكون ذلك على مذهبهم مجازاً، (كما أنه إذا استعمل في اسم السوم، كان مجازاً)[3] فلما[4] استويا في هذا الوجه، لم يكن لهم به تعلق.

فإن قيل: فقد روي في بعض الأخبار: «حتى يفترقا عن مكانهما الذي عقدا فيه»[5].

قيل له: ذلك محمول على الوجه الذي قلناه من خيار الشرط في المجلس.

فإن قيل: فقد روي: «البيعان بالخيار ما لم يتفرقا، أو يقول أحدهما لصاحبه اختر»[6].

قيل له: معناه أن الخيار يبطل بالتفرق، إلا أن يجعل أحدهما لصاحبه شرطاً[7]، كان الخيار ثابتاً، (أو تستعمل بمعنى (إلا أن) كما تقول: لا تدخل الدار أو يأذن لك

---

(١) في (أ): تفريق.
(٢) في (أ): بخروجها عن.
(٣) ما بين القوسين ساقط من (ب).
(٤) في (أ): فإذا.
(٥) أخرج نحوه البيهقي ٢٧١/٥، والدارقطني ٥٠/٣ عن عبدالله بن عمرو بن العاص.
(٦) أخرجه البخاري ٧٤٣/٢، وأبو عوانة ٢٦٧/٣، والبيهقي ٢٦٩/٥ عن عبدالله بن عمر.
(٧) في (أ): خيار شرط.

صاحبها، معناه إلا أن يأذن لك، وكذلك تقول: لا تصل أو تتطهر، معناه إلا أن تتطهر؛ ويدل على ذلك أن البيع هو الإيجاب والقبول) [١] فمتى حصلا، أوجب أن يكون البيع تاماً لا خيار فيه؛ دليله الخلع والنكاح، والمعنى أن كل واحد منهما إنما هو القبول والإيجاب، فلم تفتقر صحة واحد منهما إلى غير القبول والإيجاب، فكذلك البيع، ويشهد له العتق على مال والكتابة؛ وإن شئت قلت: هو عقد معاوضة، فيجب ألا تفتقر صحته إلا إلى الإيجاب والقبول، وليس[٢] يلزم على ذلك الهبة؛ إذ الهبة عندنا غير مفتقرة إلى القبض، وصحتها بالقبول والإيجاب عندنا فقط.

وأيضاً لو كان الخيار موجباً عن عقد البيع، كان يجب ألا يصح عقد الصرف؛ لأن من شرط صحته أن يتفرقا[٣] وليس بينهما شيء، كما روى ابن عمر أن النبي صلى الله عليه وآله /٧٠/ وسلم قال في الصرف (لا بأس ما لم يفترقا وبينهما شيء)، فلو لم ينبرم العقد حتى يفترقا، وكان التفرق وبينهما خيار يفسد الصرف، كان لا يصح الصرف بتةً على وجه من الوجوه، ويمكن أن يجعل الصرف أصلاً نقيس عليه، فنقول: لَمَّا كان عقد الصرف لا تفتقر صحته إلى تفرق الأبدان، ولا يثبت به الخيار، فكذلك ما اختلفنا فيه؛ والمعنى أنه عقد بيع، أو عقد معاوضة؛ وحديث مجاهد أن النبي - صلى الله عليه وآله وسلم - كان إذا باع، أو اشترى، خيَّر صاحبه، دليل على ما بيناه؛ لأن الخيار لو كان ثابتاً بالعقد، لم يكن للتخيير معنى.

ولا يجوز[٤] أن النبي - صلى الله عليه وآله وسلم - كان يريد قطع الخيار؛ لأنه من الاستقصاء والتشدد، وخلاف التفضل، وخلاف ما روي عنه - صلى الله عليه وآله وسلم -: «إن الله يحب العبد، يكون سهل البيع، سهل الشراء».

---

(١) ما بين القوسين سقط من (أ).
(٢) في (ب): أي ليس.
(٣) في (أ): ألاَّ يتفرقا.
(٤) في (أ): ولا يجوز أن يقال: إن.

مسألة: في خيار الرؤية

قال: ولو أن رجلاً اشترى ثياباً، أو سلاحاً، أو طعاماً، أو حيواناً، أو غير ذلك من غير أن كان رآه رؤية مثله، فله الخيار عند رؤيته، فإن شاء، فسخ البيع، وإن شاء، أمضاه.

[وهذا منصوص عليه في (الأحكام) [١]]. وبه قال أبو حنيفة وأصحابه، وهو قول زيد بن علي - عليهما السلام - وأحد قولي الشافعي كذلك، وله قول آخر: إن البيع باطل إذا لم يكن رأي المبيع.

والحجة فيما ذهبنا إليه قول الله تعالى: ﴿وَأَحَلَّ اللهُ الْبَيْعَ وَحَرَّمَ الرِّبَا﴾(البقرة: ٢٧٥)، و لم يشترط الرؤية، وقال: ﴿إِلاَّ أَن تَكُونَ تِجَارَةً عَن تَرَاضٍ﴾(النساء ٢٩)، وقال: ﴿وَأَشْهِدُوا إِذَا تَبَايَعْتُمْ﴾(البقرة: ٢٨٢)، و لم يذكر الرؤية.

ويدل على ذلك ما روي عن النبي - صلى الله عليه وآله وسلم - أنه نهى عن تلقي الجلب، وقال: «لا تلقوا الجلب، فمن تلقى فاشترى شيئاً، فهو بالخيار إذا أتى السوق». ولا وجه لهذا الخيار إلا خيار الرؤية؛ لأن العادة أن المتلقي يشتري الطعام وهو في الوعاء، ثم يفتحه إذا دخل السوق، و لم تجر العادة بأن تفتح الأوعية وهي على الظهر وهم في الطريق.

وروي أن عثمان باع مالاً بالكوفة من طلحة بن عبيدالله، فقال طلحة: لي الخيار؛ لأني اشتريت ما لم أره، وقال عثمان: لي الخيار؛ لأني بعت ما لم أره، فحكَّما بينهما جبير بن مطعم، فقضى بالخيار لطلحة، وأجمع هؤلاء الثلاثة على أن الإنسان يجوز له شراء ما لم يره، ولا يعرف مخالف في الصحابة، فجرى مجرى الإجماع.

فإن قيل: نهى النبي - صلى الله عليه وآله وسلم - عن بيع الغرر، وشراء ما لم يره من الغرر، ونهى عن بيع الملامسة: وهو الثوب المطوي.

قيل له: ليس يدخل في الغرر بألا يكون المشتري رآه، فقد يُعلم الشيء من غير الرؤية، ويُتحقق، /٧/ ويخرج عن حد الجهالة؛ ألا ترى أنه لا خلاف في جواز البيع

(١) انظر: الأحكام ٢/٩٧ - ٥٨.

بثمن[1] لم يره؟ وكذلك السلم يجوز العقد عليه وإن لم يرَ، فبان أن ذلك ليس بغرر، فلم يصح إدخال ذلك في النهي عن بيع الغرر، وأيضاً بيع[2] الملامسة فليس هو بيع الثوب المطوي، بل ذكر العلماء أنه بيع كان في الجاهلية، وذلك أنه كان يتساوم الرجلان السلعة فأيهما[3] لمس صاحبه، وجب عليه البيع منه، وقيل: إذا لمس المبيع؛ أو أومأ بيده إليه، وجب البيع، فلا معنى لحمله على ما قالوا.

وأيضاً النكاح على مال لم ير، والخلع على مال لم يُرَ، جائز، فكذلك البيع، والمعنى أنه عقد معاوضة، فلم يجب أن تكون الرؤية شرطاً في جوازه، وأيضاً لا خلاف أن الثمن يصح، وإن لم يره البائع، كذلك المبيع، وإن لم يره المشتري، والعلة أن رؤية من يملك ليس بشرط في صحة تملكه؛ إذ لا خلاف في جواز شراء الباقلاء في قشره، والجوز، واللوز، وإن كان المشتري لم يَرَ المقصود بالشراء، وكذلك سائر الأشربة، على أن عدم الرؤية من جهالة الصفة، وجهالة الصفة ليس أكثر من عدمها، ويجوز شراء العبد على أنه صحيح، وإن كان به عَمى، أو كان مقطوع اليد، أو ما أشبه ذلك، فأولى أن يجوز الشراء وإن لم يره.

فإن قيل: لو كان العقد جائزاً، لم يرده بخيار الرؤية.

قيل له: هذا منتقض بجواز رده بخيار العيب، وخيار الشرط، وإن كان العقد جائزاً، فإذا صح العقد بما بيناه، فلا خلاف بين المجيزين له أن له خيار الرؤية.

وما روي أن جبير بن مطعم حكم به على عثمان دليل على ما قلناه من قوله - صلى الله عليه وآله وسلم -: «من اشترى جلباً أن له الخيار إذا دخل السوق».

قال يحيى بن الحسين - عليه السلام - في (الفنون)[4]: إنه إذا وجده على الصفة التي وصفت له، فلا خيار له.

---

(١) في (أ): جواز بيع ما.
(٢) في (ب): فبيع.
(٣) في (أ): وأيهما.
(٤) انظر الفنون ص ٤٣٥.

وحكى ابن أبي هريرة أن ذلك قول بعض أصحابهم إذا قالوا بخيار الرؤية، وضعَّف ذلك فقال: الصحيح هو أن للمشتري الخيار على كل حال، وهو الصحيح الذي ذكره، وأطلقه في (الأحكام)[1]، دون ما ذكره في (الفنون)؛ لأن النبي - صلى الله عليه وآله وسلم - جعل لمشتري الجلب الخيار إذا دخل السوق، و لم يشترط أن يكون ذلك له إذا لم يجده على النعت الذي نعت، (وكذلك جبير بن مطعم، وطلحة، و لم يشترطا فيه أن يكون المشترى على النعت الذي نعت)[2] أو لا يكون، فصح ما قلناه.

مسألة: في الخيار المجهول الأمد

قال: وكل بيع يعقد على خيار لا يعلم أمده، فهو فاسد.

[وهذا منصوص عليه في (المنتخب) [3]]، وهذا مما لا خلاف فيه؛ لأنه يقتضي الجهالة في العقد، لأنه لا يدري متى يستقر العقد إن استقر، ولا متى يبطل إن بطل، فيصير العقد مجهولاً، ويشتمل أيضاً على الغرر، وإلى[4] تعليق حكم المبيع والثمن أبداً، فلذلك بطل.

مسألة: في الخيار المعلوم الأمد

فإن عُقِدَ البيع على خيار إلى /٧٢/ أمد معلوم، جاز البيع والخيار، سواء تطاول الأمد، أو تقاصر، بعد أن يكون محدوداً معلوماً؛ أما خيار الثلاثة، فلا خلاف فيه.

[وهذا منصوص عليه في (الأحكام) [5] و (المنتخب) [6]].

والأصل فيه[7] ما رواه زيد بن علي، عن أبيه، عن جده، عن علي- عليهم السلام-

---

(١) انظر: الأحكام ٢/٥٧ - ٥٨.
(٢) سقط ما بين القوسين من (أ).
(٣) انظر: المنتخب ٢١٣.
(٤) في (أ): أن.
(٥) انظر: الأحكام ٢/٦٠ ، ٤٤.
(٦) انظر: المنتخب ٢١٣.
(٧) سقط من (أ) والأصل فيه.

قال: قال رسول الله - صلى الله عليه وآله وسلم -: «من اشترى مصراة، فهو فيها بالخيار ثلاثاً»(١). وأن رجلاً أتاه فقال: يا رسول الله، إني أُخدَع في البيع والشراء، فجعله فيما باع واشترى بالخيار ثلاثاً.

وما زاد على الثلاث وإن كان معلوماً، ففيه خلاف، قال زيد بن علي - عليهما السلام -: ولا يجوز الخيار أكثر من ثلاثة أيام، وبه قال أبو حنيفة، والشافعي.

وقال أصحابنا: يجوز إن(٢) كان إلى وقت بعينه، وإن طال أمده. وبه قال أبو يوسف، ومحمد.

ووجهه: ما أجمعوا عليه من أن شرط خيار ثلاث يصح، ويصح البيع معه، فكذلك ما زاد على ذلك إذا كانت مدة الخيار مدة معلومة، والعلة أنه اشترط لنفسه الخيار إلى أمد معلوم، فثبت أن الخيار المعلوم(٣) إلى المدة يجب أن يكون صحيحاً؛ يدل على صحة ذلك (أن الخيار متى لم يكن معلوم المدة، فسد البيع، فبان أن صحته تعلق بكون المدة معلومة)(٤).

ويدل على ذلك:

ما روى ابن عمر عن النبي - صلى الله عليه وآله وسلم -: «البيِّعان بالخيار ما لم يفترقا، إلا بيع الخيار».

وما روي عن عمرو بن شعيب، عن أبيه، عن جده قال: قال رسول الله - صلى الله عليه وآله وسلم -: «البيعان بالخيار ما لم يتفرقا، إلا أن تكون صفقة خيار»(٥).

فأثبت - صلى الله عليه وآله وسلم - بيع الخيار، وصفقة الخيار، من غير اشتراط كون الخيار إلى مدة معلومة بعينها، فاقتضى ظاهر الخبر جواز كل بيع يشترط فيه الخيار على أي وجه يشترط.

---

(١) المسند كتاب البيوع، باب الخيار في البيع.

(٢) في (أ): إذا.

(٣) في (أ): المعلوم المدة.

(٤) سقط من (أ) ما بين القوسين.

(٥) أخرجه أبو داود ٣/٢٧٣، والنسائي ٤/١٠.

واستثنى خياراً لا يعلم أمده بالإجماع، ولما فيه من الجهالة على ما مضى، وبقي الباقي على مقتضى الخبرين.

ويدل عليه قوله – صلى الله عليه وآله وسلم –: «البيعان بالخيار ما لم يفترقا، أو يقول أحدهما لصاحبه اختر» ، ولم يشترط أن يكون الخيار في قليل المدة أو كثيرها، فكان دليله كدليل الخبرين الأولين.

فإن قيل: اشتراط الخيار فيه غرر، والنبي – صلى الله عليه وآله وسلم – نهى عن بيع الغرر، فوجب ألا يجوز من ذلك إلا مقدار ما ورد الأثر به، وحصل عليه الإجماع، وهو خيار الثلاث، وبقي ما زاد عليه داخلاً في جملة النهي عن بيع الغرر.

قيل له: الجواب عن هذا من وجهين:

أحدهما: أن مثل هذا لو ثبت فيه ما قلتم، لم يجب الامتناع من القياس عليه، فنحن نقيس ما زاد على الثلاث على ما ورد فيه، وحصل عليه الإجماع، فنخرجه بالقياس من جملة النهي عن الغرر.

والثاني: أن اشتراط الخيار إذا كان معلوم المدة، فلا يجب أن يكون غرراً؛ /٧٣/ لأنه أبعد من الغرر من خيار الرؤية الذي أجزناه، وأجازه أبو حنيفة والشافعي في أحد قوليه، ومن خيار الرد[١] بالعيب الذي لا خلاف فيه بين المسلمين، فإذا لم يكن فيهما غرر، فأولى ألا يكون في الخيار المعلوم المدة غرر؛ لأن هذين الخيارين لا يعلم أمدهما[٢]، وما لا يعلم أمده أدنى إلى الغرر مما يعلم أمده.

وأيضاً البائع والمشتري دخلا في خيار (الشرط على بصيرة، وعلى العلم بغاية مدة الخيار، فوجب أن يكون أبعد من الغرر من خيار) [٣] الرد، لأنهما لزمهما ذلك من غير اختيارهما، ومن غير بصيرة به، (ولأنه[٤] لا علم بأنه يحصل، أو لا يحصل، ولا

---

(١) في (ب): الرؤية.

(٢) في (أ): أحدهما.

(٣) ما بين القوسين سقط من (أ).

(٤) في (أ): ولا تعلقتم بما تعلقوا به.

علم بالمدة، وكذلك خيار الرؤية على ما بيناه؛ فبطل تعلقهم بما تعلقوا به*)(١).

مسألة: في أن تأثير الخيار يرجع إلى العقد فقط

قال: ولا فصل بين أن يكون الخيار للبائع، أو للمشتري، أو لهما جميعاً فيما يفسد به العقد، أو يصح(٢).

وهذا مما لا خلاف فيه؛ لأن تأثير الخيار يرجع إلى العقد، ولا معتبر فيه بأحوال المتعاقدين، فوجب أن يستوي فيه أحوالهما.

مسألة: في تلف المبيع قبل انقضاء مدة الخيار

قال: وإذا اشترى شيئاً، وقبضه، واشترط لنفسه خياراً إلى أمد معلوم، ثم تلفت السلعة - نحو أن يكون حيواناً، أو ما جرى مجراه - قبل انقضاء مدة الخيار، ولم يكن اختار الرد، لزم الثمن، وكانت السلعة من ماله، وكذا إن نقصت السلعة عند المشتري والخيار له.

[وهذا منصوص عليه في (الأحكام) (٣) و (المنتخب) (٤)]، وقال أبو حنيفة مثل قولنا.

وقال ابن أبي هريرة: يحتمل وجهين:

أحدهما: أن على المشتري القيمة.

والثاني: أن عليه الثمن مثل قولنا.

أراد بالنقصان حدوث العيب فيها.

والوجه في المسألتين(٥) جميعاً: أن العيب إذا حدث في السلعة والخيار للمشتري،

---

(١) ما بين القوسين ساقط من (أ)، ومكانه في (ب): ولا تعلقهم بما تعلقوا به.
(٢) انظر: الأحكام ٢/٦٠، وهو لم يذكره نصاً كهذا، وإنما فيه معناه فقط.
(٣) انظر: الأحكام ٢/٦٠.
(٤) انظر: المنتخب ٢١٣ ، ٢١٥.
(٥) في (أ): المثالين.

بطل خياره، وتم البيع؛ لأن بطلان الخيار يوجب إتمام البيع، وإذا تم البيع، لزمه الثمن.

وإنما قلنا: خياره يبطل؛ لأنه قبضه صحيحاً، فلا يجوز رده معيباً، وإذا بطل الرد، بطل الخيار؛ لأن الخيار إنما هو للرد، وكذا إذا مات، بطل خياره في آخر جزء من حياته؛ لأنه يصير[1] معيباً، ولا يمكنه رد المعيب، (فيلزمه البيع؛ فإذا مات)[2] وجب عليه الثمن، وأيضاً إذا مات، أو تلف، إن كان ثوباً أو نحوه، بطل الخيار؛ لأن الرد فيه (تعذر، فبطل الخيار المتعلق به)[3].

فإن قيل: فإذا قلتم: إن خيار الرد بالعيب لا يبطل بحدوث عيب آخر عند المشتري، فَلِم قلتم: إن خيار الرد المشروط يبطل إذا حدث في يد المشتري عيب فيه؟

قيل له: لأن المعيب (إذا سلمه البائع، فلم يسلم ما اقتضاه)[4] العقد؛ لأنه اقتضى تسليم الصحيح، فكأنه في الحكم قد سلم بعض ما اقتضى[5] العقد (تسليمه، والعيب فيه يجري مجرى فوات)[6] جزء منه، وليس كذلك التسليم مع خيار المشتري؛ لأنه قد سلم ما اقتضى العقد تسليمه موفراً صحيحاً، فإذا حدث فيه العيب، لم يجز له رده معيباً، وقد أخذه صحيحاً، فبطل خياره، ولزمه البيع؛ وإذا صح ذلك، بطل قول من يقول: إن على المشتري القيمة دون الثمن؛ لأنا قد بينا أن البيع قد تم، وبطل الخيار، فوجب /٧٤/ لزوم الثمن له.

مسألة: في تلف السلعة عند المشتري والخيار للبائع

قال: ولو تلفت السلعة عند المشتري، والخيار للبائع، كانت السلعة من مال البائع ولا يلزم[7] المشتري شيء.

---

(١) في (أ): صيره.
(٢) ما بين القوسين بياض في (أ).
(٣) ما بين القوسين بياض في (أ).
(٤) ما بين القوسين بياض في (أ).
(٥) في (أ): اقتضاه.
(٦) ما بين القوسين بياض في (أ).
(٧) في (أ): و لم.

[وهذا منصوص عليه في (الأحكام) [١]].

قال أبو حنيفة: هو من مال البائع، وأوجب القيمة على المشتري، وقال الشافعي بوجوب القيمة.

وإنما قلنا: إنه من مال البائع؛ لأن البائع لم يطلق البيع، بل جعل لنفسه خياراً فيه، ولم يرض بخروج الشيء عن ملكه، ما لم يبطل الخيار، كما لو ساوم ولم يوقع العقد، لم يخرج عن ملكه، مع أن الخيار[٢] له لو وجبت فيه الشفعة ثُمَّ اختار رد المبيع، كان يجب أن يكون عاد إلى ملكه، فكان يجب فيه أيضاً الشفعة[٣]؛ ويكشف ذلك أن الخيار إذا كان للمشتري، فللشفيع فيه الشفعة، لأن الملك قد انتقل إلى المشتري.

ويدل على ذلك قوله - صلى الله عليه وآله وسلم -: «كل بيِّعين لا بيع بينهما حتى يتفرقا». وهما لم يتفرقا؛ لأن التفرق هو ألا يبقى بينهما فيه شيء، فما يكون للبائع خيار فيه، ولم يحصل[٤] للتفرق حكماً؛ وإذا ثبت أنه من مال البائع، وجب ألا يلزم المشتري فيه إذا تلف شيء ، كالوديعة، والعارية، والعبد المستأجر؛ والمعنى أنه قبضه بإذن صاحبه، وهو باقٍ على ملكه، فيمكنه[٥] الرجوع فيه متى شاء من غير أن كان حفظه مضموناً عليه، (وليس يلزم عليه المغصوب لأن قبضه بغير)[٦] إذن مالكه ، ولا يلزم عليه المقبوض (على بيع فاسد؛ لأنه قد ملكه المشتري، وخرج عن ملك صاحبه عندنا) [٧]، ولا يلزم الرهن عليه، لأن صاحبه (لا يمكنه الرجوع فيه متى شاء، ولا يلزم عليه ضمان الأجير المشترك) [٨]، ولا العارية المضمونة، لأن الحفظ مضمون فيهما على (القابض.

---

(١) انظر: الأحكام ٢/٦٠ الشفعة.

(٢) في (أ): من أن الخيار له ولو كان خرج الشيء عن كله لوجبت فيه الشفعة، ثُمَّ اختار فسخ البيع وبعدها : بياض إلى: كان يجب أن يكون عاد إلى ملكه.

(٣) ظنن في (ب)على: فكان لا يجب فيه الشفعة.

(٤) في (أ): فلم يحصل.

(٥) في (أ): يمكنه.

(٦) ما بين القوسين بياض في (أ).

(٧) ما بين القوسين بياض في (أ).

(٨) ما بين القوسين بياض في (أ).

فإن قيل:) [١] فقد قبضه على الضمان.

قيل: ذلك غير مسلم؛ لأنه ضمن بشرط انقطاع خيار البائع، (ولو صح ذلك أيضاً، لم يجب ضمانه) [٢]؛ لأن[٣] ليس كل مقبوض على الضمان يجب ضمانه ، كما أن المضارب لو قبض مال المضاربة على الضمان، لم يجب الضمان، وكذلك المودع لو قبض على الضمان ، لم يجب الضمان.

فإن قيل: روي أن عمر أجرى فرساً أراد أن يشتريه، فتلف، فحكم عليه شريح بالقيمة. فإذا لزمته القيمة لأنه تلف في يده وقد أراد أن يشتريه، (فأولى أن يلزم المشتري، وإن كان للبائع فيه خيار؛ لأنه أوكد حالاً ممن أراد الشراء) [٤].

قيل له: يحتمل (إيجابه أن يكون عمر كان منه في إجراء الفرس جناية، وأن تلفه كان لتلك)[٥] الجناية ، فلذلك ضمَّنه شريح.

مسألة: في زيادة ونقصان السلعة والخيار للبائع

قال: فإن زادت السلعة والخيار للبائع، كان على /٧٥/ خياره، ولو نقصت، كان[٦] للمشتري فيها الخيار.

[وهو منصوص عليه في (الأحكام) [٧]].

وذلك أنا قد بينا أن السلعة على ملك البائع، فإذا كانت على ملكه، لم يوجب زيادها ولا نقصاها خروجها عن ملكه، ولو أبطلنا خياره، أوجبنا خروجه عن ملكه.

وقلنا: إنها إن نقصت، صار للمشتري فيها الخيار[٨]؛ (لأن العيب حدث فيها وهي

---

(١) ما بين القوسين بياض في (أ).
(٢) ما بين القوسين بياض في (أ).
(٣) وكذلك في (ب)، ولكنه عدلها إلى: لأنه ليس كل.
(٤) ما بين القوسين بياض في (أ) .
(٥) ما بين القوسين بياض في (أ).
(٦) في (أ): صار.
(٧) انظر: الأحكام ٢/ ٦٠.
(٨) في (أ): للمشتري خيار.

في ملك البائع، فوجب أن يكون للمشتري خيار) [١] رد العيب، كما أنه لو اشترى معيباً، كان له ذلك؛ لأنه يملك بانقطاع خيار البائع، والعيب حدث قبل ذلك.

مسألة: في بطلان الخيار بالموت

قال: ولو كان الخيار للبائع والمشتري جميعاً، فماتا، أو مات أحدهما، بطل الخيار، وثبت البيع.

[وهذا منصوص عليه في (الأحكام) [٢] و (المنتخب) [٣]].

تحصيله: أن من مات منهما، بطل خياره، فإن ماتا جميعاً، بطل خيارهما، ومن بقي، بقي خياره منهما، وبه قال أبو حنيفة. وقال الشافعي: الخيار يورث.

ووجهه: أنه حق يسقطه مرور الأزمان مع السكوت، فوجب ألا يورث؛ دليله خيار القبول، ويقاس عليه، وعلى خيار الوصي بفسخ الوصية، في أنه لا يورث، بعلة أنه خيار لا يجوز أن يتحول مالاً، كخيار الرد بالعيب؛ ألا ترى أن العبد المعيب لو مات في يد المشتري، رجع على البائع بأرش العيب، فيتحول خياره مالاً؟ ويجوز أيضاً أن يصالح عنه على مال، فيتحول مالاً.

فإن قيل: الخيار إنما جعل لتدارك ندامة إن لحقت، أو عيب إن ظهر، والوارث والموروث في هذا سواء.

قيل له: وكذلك خيار القبول جعل ليقبل المشتري إن رأى حظاً، أو يترك إن رأى عيباً، ويستوي في هذا الوارث والموروث، ولا يجب أن يورث، فكذلك خيار الشرط.

فإن قيل: هو حق ثبت إلى أن مات من هو له، فيجب أن يورث كسائر الحقوق.

قيل له: هذا منتقض بخيار القبول، وخيار الوصية.

---

(١) ما بين القوسين سقط من (أ).

(٢) انظر: الأحكام ٢/٦٠.

(٣) انظر: المنتخب ٢١٤.

مسألة: في سكوت من له الخيار حتى مضت مدته

قال: وكذلك إن جاز الوقت الذي هو أمد الخيار، وسكت، بطل الخيار.

[وهو منصوص عليه في (الأحكام) [1]]، وهذا مما لا خلاف فيه، ولا إشكال؛ لأن العقد وقف على الخيار إلى تلك المدة، فإذا مضت المدة والخيار لم يحصل، بطل الخيار؛ وإذا بطل الخيار، ثبت العقد واستقر[2]؛ كما أنهما لو أبطلا الخيار قبل المدة، ثبت البيع؛ ويقال في الخيار لا يورث: إذا مات من له الخيار، سقط حقه من الفسخ، فوجب أن يستقر البيع، دليله إذا سقط بمضي مدة الخيار.

فإن قيل: لسنا نسلم أن حقه سقط، لكنا نقول: إنه تحول إلى الوراث.

قيل له: معنى قولنا: سقط، أنه لا يصح منه استيفاؤه على وجه من الوجوه، وهذا صحيح لا إشكال فيه، وأنه - ثبت للوارث، أو لم يثبت - لا يمنع من سقوطه، وهذا هو الواجب في جميع حقوق الميت؛ ألا ترى أنه لو وكل وكيلاً يقوم مقامه في استيفاء حقه، بطلت وكالته بموته، و لم يجز أن يستوفيه؟ فبان أن حقه قد سقط.

يوضح ذلك أنه لا فصل بين أن يعقدا /٧٦/ على أنه له خيار كذا، وبين أن يعقدا على أنه إن اختار الفسخ إلى كذا، فسخ؛ لأن كل واحد من اللفظين يقوم مقام صاحبه، وقد علمنا أنه عقد على أنه يفسخ إن اختار، وإذا مات، بطل الشرط؛ لأنه لا يصح منه الاختيار إذاً بعد الموت، وإذا بطل الخيار بموت البائع، ثبت البيع، كما أنه يثبت بمضي المدة؛ لبطلان الخيار.

مسألة: في أن الخيار لا يورث

قال: وإن كان الخيار للمشتري، ومات قبل انقضاء مدته، بطل الخيار؛ لأن الخيار لا يورث. فإن كانت المسألة بحالها، ومات البائع، كان المشتري على خياره، وإن كان الخيار للبائع، ومات قبل مدة الخيار، بطل الخيار، وإن مات المشتري والخيار

---

(١) انظر: الأحكام ٢/ ٦٠.

(٢) سقطت: واستقر من (ب).

للبائع، فهو على خياره، (وإن مات البائع والمشتري، بطل خياره)[١].

[وهو منصوص عليه في (الأحكام)[٢] و(المنتخب)[٣]].

وهذه المسائل كلها مبنية على أن الخيار لا يورث، وقد مضى الكلام فيه، فلا معنى لإعادته.

مسألة: في فقدان عقل من له الخيار

قال: وإذا زال عقل[٤] من له الخيار، ثم ثاب إليه قبل مدة الخيار، كان على خياره، وإن لم يثب إليه عقله، كان الخيار لورثته.

[وهو منصوص عليه في (المنتخب)[٥]].

قلنا: من كان منهم ولياً . وبه قال الشافعي.

ووجهه: أن حقوقه أجمع باقية، وزوال عقله لا يبطل منها شيئاً، وهو بمنـــزلة الطفل في أن حقوقه ثابتة، فإذا عجز عن استيفاء حقه، قام وليه فيه مقامه، كالطفل لما لم يصح منه استيفاء حقه، قام وليه فيه مقامه، والولي هو الأب، أو الجد، أو من نصبه الحاكم له.

مسألة: في ردة من له الخيار

قال: ولو أنه ارتد عن الإسلام، ولحق بدار الحرب، صار الخيار لورثته، فإن رجع إلى الإسلام قبل مدة الخيار، كان على خياره، وإن رجع بعدها، بطل خياره.

[وهو منصوص عليه في (المنتخب)[٦]].

---

(١) ما بين القوسين بياض في (أ).
(٢) انظر: الأحكام ٢/٦٠.
(٣) انظر: المنتخب ٢١٤.
(٤) في (أ): عقد، ونبه على العقل.
(٥) انظر: المنتخب ٢١٤.
(٦) انظر: المنتخب ١٩٤.

وذلك أن لحوقه بدار الحرب - وإن كان بمنزلة الموت في كثير من الأحكام - فليس هو موتاً بالحقيقة، ولا خلاف أن ماله لو اقتسم وهو باق بعينه، فرجع إلى الإسلام، أنه أولى بماله، فبان أن حقوقه لم تنقطع كما تنقطع بالموت؛ لأنه ممن يصح له الرجوع إلى حقوقه على بعض الوجوه، فجاز أن يقوم وليه مقامه في مدة الخيار مادام حياً، وإن عاد في مدة الخيار، فهو أولى بحقه إن كان باقياً، كما أنه أولى بما كان باقياً من سائر أملاكه وحقوقه؛ فإن جاء بعد مدة الخيار، فلا خيار له؛ لأن خياره يكون قد بطل بمضي المدة؛ لأن الخيار لا يبقى بعد مضي المدة.

والذي يوجبه القياس أن من زال عقله، أو ارتد، إن كان وليهما أبطل ما كان لهما من الخيار، ثم رجع إلى المجنون عقله، وعاد المرتد إلى الإسلام، أنهما لا خيار لهما؛ لأن فعله عليهما يجوز في تلك الحال.

مسألة: في منافع المبيع ومؤنه إذا حصل الرد بالخيار

قال: وإذا اشترى رجل حيواناً، واشترطا أو اشترط أحدهما الخيار، فاختار من له الخيار الرد، كان علفه على البائع في أيام الخيار، وإن كان له لبن، كان أيضاً للبائع، /٧٧/ وكذلك القول إذا كان المبيع مما يستغل، حيواناً كان، أو غيره.

[وهو منصوص عليه في المنتخب](١).

ووجهه: أن العقد ينفسخ إذا حصل خيار الرد ، كأنه لم يقع يوم وقع، فيجب أن تكون السلعة كأنها كانت على ملك صاحبها كما كانت، فيجب أن تكون منافعها له، ومؤنها عليه، كسائر الأملاك له، ولا يجب أن يكون المشتري متبرعاً بما أنفق؛ لأنه هو والبائع دخلا فيه على سبيل المعاوضة، فيجب أن يستحق العوض بما أنفق.

---

(١) انظر: المنتخب ٢١٧.

باب القول في شروط البيع

مسألة: في أنواع الشروط

الشروط التي ينعقد عليها البيع ثلاثة: فشرط يفسد البيع، ويثبت مع البيع، وشرط يثبت البيع دونه، وهذه قسمة لا يخرج عنها شيء من الشروط، ولا خلاف في هذه الجملة، وإنما الخلاف في تفاصيلها، ونحن نبين ما نذهب إليه في كل واحد من هذه الوجوه.

مسألة: في بيان الشرط المفسد للبيع

فالشرط الذي يفسد به البيع هو ما اقتضى جهالة في المبيع، نحو أن يبيع الرجل غنماً، أو ثياباً، أو غير ذلك، واستثنى واحداً لا بعينه.

[وهذا منصوص عليه في (المنتخب)[1]]، وهذا مما لا خلاف فيه؛ إذ لا خلاف أن الجهالة في البيع تفسده.

والجهالة منه على ثلاثة أوجه: إما أن تكون جهالة في العقد، أو جهالة في الثمن، وإما أن تكون جهالة في المبيع.

ولا خلاف أن كل واحد من هذه الجهالات تفسد البيع، لأنه من الغرر، وقد نهى النبي - صلى الله عليه وآله وسلم - عن بيع الغرر، وإذا باع غنماً، أو ثياباً، واستثنى واحداً لا بعينه، صار المبيع مجهولاً؛ لأنه لا يدري واحد منهما ما الذي تناوله العقد، (فلا يتميز الذي تناوله العقد)[2] من الذي لا يتناوله؛ وليس هذا مثل ما قلناه في من باع عِدلاً على أن فيه مائة ثوب، فوجده مائة ثوب[3] وثوباً، فيكون المردود واحداً

---

(١) انظر: المنتخب ٢١٧.

(٢) سقط من (أ) ما بين القوسين.

(٣) في (أ): مائة ثوب، فزاد ثوب.

وسطاً؛[١] لأن كون المردود وسطاً يزيل التفاوت، فيشبه المكيل والموزون، وهاهنا يستثني ما يختاره البائع، فيبقى[٢] التفاوت الموجب للجهالة.

على أنا[٣] كنا ذكرنا هناك وجهاً آخر، وهو أنا قلنا: إنه يحمل على أنه باع مائة جزء وجزء، وهذا لا يتأتّى في هذه المسألة؛ لأنه اشترط أن يستثني ما يختاره.

مسألة: في اشتراط خيار مجهول المدة

قال: وكذلك إن /٧٨/ باع واشترط لنفسه، أو للمشتري، خياراً إلى أمد غير معلوم، ويكون أيضاً ذلك فاسداً.

[وهذا منصوص عليه في (المنتخب)[٤]] وهذا أيضاً لا خلاف في فساده، وذلك أن العقد يكون مجهولاً؛ لأنه لا يستقر، ولا يُدرَى غاية وقت تأتّي الفسخ، ولا وقت تمام البيع.

مسألة: في بيع التمر في ظرفه

قال: وكذلك إن باع تمراً في ظرف على أرطال معلومة، واشترط المشتري أن يطرح للظرف مقداراً معلوماً من غير أن يعرفا وزن الظرف، كان البيع فاسداً.

[وهذا منصوص عليه في (الأحكام)[٥]]، وذلك أن التمر المبيع يكون مجهولاً؛ لأنه لا يدري كم قدره.

مسألة: في العقد يكون على الدنانير ويشترط غيرها

قال: وكذلك إن باع شيئاً يكون بكذا وكذا ديناراً على أن يدفع بالدنانير كذا وكذا قفيزاً من الطعام، كان البيع فاسداً.

---

(١) في (أ): واحداً وسطاً فيزول التفاوت.

(٢) في (ب): فينتفي.

(٣) في (أ): على أنما كنا.

(٤) انظر: المنتخب ٢١٣، وقد تقدمت المسألة بذاتها.

(٥) انظر: الأحكام ٢/٦٥.

[وهذا منصوص عليه في (الفنون)[١]].

وهو أيضاً لا خلاف في فساده؛ لأن الثمن يكون في حكم المجهول، لأن العقد وقع على الدنانير، واشترط غيرها فلم يستقر واحد منهما، وأيضاً نهى النبي - صلى الله عليه وآله وسلم - عن بيعتين في بيع[٢]، وعن شرطين في بيع، وهذا من تلك الجملة[٣].

ويجري هذا مجرى أن يقول: بعتك نقداً بكذا ونسيئة بكذا، أو إلى الفطر بكذا والأضحى بكذا.

مسألة: في اشتراط الرجحان

قال القاسم - عليه السلام - وإذا اشترى شيئاً بكذا، واشترط أنه[٤] يرجحه، كان ذلك أيضاً فاسداً؛ لأنه يكون الثمن مجهولاً لا يُدْرَى مقدار الرجحان، وقد اشترى بكذا وكذا مع الرجحان، وإن كان اشتراط الرجحان في السلعة، صار المبيع مجهولاً.

قال: وإن لم يشترط، ثم استرجحه، وطابت به نفس البائع، كان ذلك جائزاً، وذلك أن العقد وقع صحيحاً، ولا يؤثر فيه الرجحان الواقع بعد؛ وقد روي أن النبي - صلى الله عليه وآله وسلم - اشترى سراويل فقال لوازن الثمن: «وزن وارجح».

مسألة: في بيان الشرط الذي يثبت مع العقد

قال: والشرط الذي[٥] يثبت مع العقد هو ما كان صفة للمبيع، أو البيع، من غير أن يقتضي جهالة فيه، أو كان مما يصح عقده على العوض منفرداً[٦].

وذلك أنه لا خلاف أن البيع يصح مع اشتراط صفة المبيع والبيع، كأن يشتري

---

(١) انظر الفنون ٤٣٣.

(٢) في (أ): شرط، وظنن على ما أثبتناه.

(٣) في (أ): الجهة.

(٤) في (أ): أن.

(٥) في (أ): الذي هو.

(٦) انظر: المنتخب ٢٠٢، ٢٢١ وهو فيه بالمعنى فقط.

جارية على أنها طباخة، والعبد على أنه حجام، أو خباز، والدابة على أنها هملاج، وكذلك البيع على خيار الثلاث، وذلك صفة البيع[١].

وكذلك أن يكون الثمن نقداً بعينه، أو إلى أجل مسمى، فصار ذلك أصلاً في جواز البيع على اشتراط صفة المبيع، أو صفة الثمن، أو البيع إذا لم يؤد ذلك إلى الجهالة، فلذلك قلنا به.

وأما ما يصح إفراده بالعقد، فيجوز أن يضم إلى العقد، كما أن الشيئين لما صح أن يفرد كل واحد منهما بالعقد، جاز أن يجمع بينهما في عقد واحد، وسنوضح هذا بأكثر من هذا عند ذكر المسائل.

فإن قيل: فقد نهى النبي - صلى الله عليه وآله وسلم - عن شرطين في بيع، وعن بيعتين في بيع.

قيل له: معناه ما ذكرناه من البيع على أنه بكذا نقداً، أو بكذا نسيئة، وما يجري مجراه؛ إذ لا خلاف أن المبيع يجوز أن يشرط[٢] فيه شروط بعد ألا يؤدي إلى الجهالات، كأن يبيع العبد على أنه خياط، وخباز، ويشترط مع ذلك خيار الثلاث للبائع، وأن يكون الثمن مؤجلاً، وكذلك شروط سواها، ولا خلاف في أن البيع يصح معها، وتصح هي وإن اجتمعت، فبان أن المراد بالنهي عن شرطين في بيع ما قلناه، ويمكن أن يجعل ذلك /٧٩/ أصلاً يقاس عليه سائر ما اختلفنا فيه.

مسألة: في اشتراط كون الماشية حاملاً أو تحلب قدراً معيناً

قال: وكذلك إن اشترى الرجل من الإبل والبقر والغنم ما يحلب على أنها تحلب قدراً من اللبن، أو على أنها حامل، فإنه يثبت البيع، ويجب الشرط، فإن لم يجده على الشرط، كان له رده ورد معه عوضاً من لبنه.

---

(١) سقط من (أ) صفة البيع.

(٢) في (أ): يشترط.

[وهذا منصوص عليه في (المنتخب)[(١)]. وهذا الشرط يفسد البيع عند أبي حنيفة.

ووجه صحته: أن كونها مما تحلب قدراً من اللبن، وكونها حاملاً[(٢)]، صفة لها لا تقتضي الجهالة، فوجب أن يصح البيع، ويجب الشرط؛ دليله إذا اشترى الجارية على أنها طباخة، والعبد على أنه خباز، والدابة على أنها هملاج، بعلة أنه اشتراها، واشترط من صفاتها ما لا يؤدي إلى الجهالة.

فإن قيل: فقد نهى النبي - صلى الله عليه وآله وسلم- عن بيع المضامين، والملاقيح.

قيل له: معناه بيع اللبن في الضرع دون الناقة، وشراء الحمل دون الحامل، وذلك مما لا نجيزه، ولا خلاف أنه يجوز أن يشتري شاة حلوباً، وناقة حاملاً، فجاز أن يشترط ذلك.

فإن قيل: فاللبن مجهول القدر، وكذلك الحمل مما لا يصح أن يعلم.

قيل له: هذا وإن كان كذلك، فإنه لا يقتضي جهالة في المعقود عليه؛ لأنه إن[(٣)] وجد على الصفة التي ذَكَر، تم البيع، وإن لم يوجد، كان للمشتري الخيار في الرد، على أن اللبن قدره مما يُضبط ويُعرف من طريق العادة حتَّى لا تعترض الجهالة إلا في اليسير الذي لا معتبر به منه، وذلك القدر من الجهالة قد يعرض في الطبخ والخياطة إذا بيعت جارية على أنها طباخه، والعبد على أنه خياط؛ لأن الطبخ يتفاوت، وكذلك الخياطة، ولا يمكن أن يضبط ذلك حتى لا يكون فيه جهالة يسيرة، لأنها لا معتبر بها، فكذلك ما قلناه؛ والْحِبَل مثل الصحة، لأنه يعلم بغالب الظن؛ ألا ترى أنه يصح بيع العبد على أنه صحيح، والجارية على أنها صحيحة، وإن جاز أن يكون في باطنها علة، أو داء يسير لا معتبر بمثله؟ فكما صح البيع على شرط الصحة، صح على شرط الحمل لما بيناه، والعلة أن كل واحد منهما يصح أن يعلم بغالب الظن؛ وإذا صح بما بيناه أن البيع على ذلك يصح، ولم يجده على ما شرط، جاز له أن يرده؛ لأنه لا خلاف أن من

---

(١) انظر: المنتخب ١٩٤.

(٢) في (أ): حاملاً لها.

(٣) في (أ): إذا.

اشترى شيئاً على صفة يصح البيع عليها، فوجده على خلاف تلك الصفة، فله رده إذا كان ما عليه السلعة أنقص مما شرط له.

وقلنا: إذا رده، وقد حلب اللبن، واستهلكه، رد معه عوضاً من لبنه؛ لأنا قد قدمنا[١] أن الرد بالخيار يوجب فسخ المبيع، فتصير في الحكم كأنَّ البيع لم يكن وقع، وكأنَّ الشيء لم يزل عن[٢] ملك البائع، فيجب أن تكون منافعه له.

وروى زيد بن علي، عن أبيه، عن جده، عن علي - عليهم السلام - قال: قال رسول الله - صلى الله عليه وآله وسلم -: «من اشترى مُصرَّاة، فهو بالخيار ثلاثاً، فإن رضيها وإلا رد معها صاعاً من حنطة»[٣].

وروي عن النبي صلى الله عليه وآله /٨٠/ وسلم في من اشترى مصراة، أنه بخير النظرين بين أنه يختارها، وبين أن يردها وإناء من طعام[٤] ، وفي بعض الأخبار: صاعاً من طعام[٥].

وفي بعضها: صاعاً من تمر[٦]، وفي بعضها: صاعاً من لبن.

وروى الجصاص، عن عبدالله بن عمر، عن النبي - صلى الله عليه وآله وسلم - (من باع محفلة، فهو بالخيار ثلاثة أيام، فإن ردها رد معها مثل[٧] أو مثلي لبنها[٨] قمحاً)[٩].

---

(١) في (أ): بينا.
(٢) في (أ): على.
(٣) المسند كتاب البيوع، باب الخيار في البيع.
(٤) أخرجه البيهقي ٣١٨/٥ عن أبي هريرة.
(٥) أخرجه مسلم ١١٥٨/٣، وأبو عوانة ٤٠٤/٣، والترمذي ٥٥٣/٣، والدارمي ٣٢٦/٢، وأبو داود ٢٧٠/٣، عن أبي هريرة.
(٦) أخرجه البخاري ٧٥٦/٢ ومسلم ١١٥٩/٣ وأبو عوانة ٢٧٦/٣ والترمذي ٥٥٣/٣ وأبو داود ٢٧٠/٣ عن أبي هريرة.
(٧) في (أ): بمثل.
(٨) في (أ): ومثلي لبنها فدلت.
(٩) أخرجه البيهقي ٣١٩/٥، وأبو داود ٢٧١/٣، وابن ماجة ٧٥٣/٢ عن ابن عمر.

فدلت هذه الأخبار كلها على أن اللبن يجب أن يكون للبائع، وأن المشتري إذا كان قد استهلكه، فعليه عوضه.

ويدل على ذلك أنا لو جعلنا اللبن للمشتري وقد انفسخ البيع، كنا قد جعلناه بغير عوض، ولا يجوز أن نجعله بغير عوض؛ لأنهما دخلا في العقد على سبيل المعاوضة.

وقول أبي حنيفة: إن من اشترى شيئاً من ذلك، وبقي عنده، وحلبه، وأراد رده[١] بعيب، فليس له رده، وإنما يرجع على البائع بأرش النقصان، وهو قول محمد. وروي عن أبي يوسف يرده، ويرد معه صاعاً من تمر على ما في الأخبار التي قدمناها، وبه قال الشافعي.

فأما أبو حنيفة، فالأخبار التي قدمناها تحجه، وقد اضطرب فيها أصحابه، فحكى الطحاوي في (شرح الآثار) [٢] عن محمد بن شجاع أنه قال: إنها منسوخة بقول النبي - صلى الله عليه وآله وسلم -: «البيعان بالخيار ما لم يفترقا». قال: فقطع الخيار بالتفرق، فيجب ألا يكون له خيار الرد (بالعيب، ولا خلاف بين المسلمين أن التفرق لا يقطعه، ولا ما يجري مجراه من خيار الرد)[٣] إذا لم يجده على الصفة التي شرطت للمشتري.

وحكي عن عيسى بن أبان أنه كان حين كانت العقوبة بالأموال، ولما نسخ ذلك، نسخ هذا أيضاً، وهذا أيضاً لا معنى له؛ لأن الذي أوجب فيه النبي - صلى الله عليه وآله وسلم - إنما أوجبه عوضاً عن اللبن الذي استهلكه، لا[٤] على سبيل العقوبة، فكيف نسخه للوجه الذي ذكره؟ عى أنه جعل وجه العقوبة فيه أن جعل اللبن المحلوب ثلاثة أيام عوضه صاع من تمر، ولعله يساوي أضعاف ذلك، فيقال له: ولعلَّ اللبن لا يساوي ربع[٥] صاع، فلِمَ وجب أن يعاقب المشتري المغرور بأن أخذ منه

---

(١) في (أ): وأراد أن يرده.

(٢) انظر شرح معاني الآثار ١٩/٤.

(٣) ما بين القوسين سقط من (أ).

(٤) في (ب): على سبيل، وظنن على ما أثبتناه.

(٥) في (أ): بيع.

صاعاً من تمر؛ لأن اللبن لا يساوي ربع صاع، وهو لا ذنب له، والذنب للبائع الغار؟ فبان بذلك بطلان هذا الوجه.

وقال أبو جعفر الطحاوي: يجب نسخه بنهي النبي - صلى الله عليه وآله وسلم - عن الدّين بالدَّين، وذلك مما رواه ابن عمر عن النبي - صلى الله عليه وآله وسلم - أنه نهى عن بيع الكالي بالكالي[١]، قال: وذلك أن اللبن كان في الضرع يوم العقد، وتناوله العقد، فجعله النبي - صلى الله عليه وآله وسلم - للمشتري وهو مستهلك بصاع من تمر يرده مع الشاة، والصاع أيضاً دين.

قيل له: الصاع ليس بدين؛ لأنه يرده مع الشاة، فكيف يكون ديناً، وهذا أبعد مما تقدم.

وقال أبو بكر الجصاص: يحتمل أن يكون المراد بذلك بيع فاسد، /٨١/ فأمر النبي - صلى الله عليه وآله وسلم - برد عوض اللبن.

قيل له: كيف يصح هذا التأويل وفي الخبر أنه بخير النظرين، إن شاء رضيها، وفي بعض الأخبار: «وإن شاء أمسكها» ؟

فأما ما ذهب إليه أبو يوسف، والشافعي أنه[٢] يردها ويرد صاعاً من تمر، فالأخبار الواردة تدل على خلاف ذلك، بل تدل أن قصد النبي - صلى الله عليه وآله وسلم - كان رد العوض؛ لأنهم كانوا بذلك[٣] يتعاملون، ويتبايعون لعوز الدراهم وقلَّتها، فكأن النبي - صلى الله عليه وآله وسلم - أشار إلى ما هو عوض للَّبن؛ ألا ترى[٤] في بعض الأخبار ((إناء من طعام))، وفي بعضها: «صاع من تمر». وفي بعضها: «صاع من بر». وفي بعضها: «مثلي لبنها من قمح»؟ وهذه الأخبار متى حملت على ما قلناه،

---

(١) انظر شرح معاني الآثار ٤/٢١.

(٢) في (أ): من أنه.

(٣) في (أ): إنما.

(٤) سقط من (أ) ألا ترى.

كانت محمولة[١] على موافقة الأصول؛ لأن الأصول توجب ألا يضمن الإنسان إلا مقدار ما يستهلك من مال الغير، ومتى حملت على ما قالوه، كانت محمولة[٢] على أن اللبن الذي يساوي صيعاناً عدة من التمر إذا ضمنه[٣]، ضمن عنه صاعاً من تمر، وإلى[٤] أن يكون الذي لا يساوي مع الشاة التي حلب منها صاعاً من تمر يضمن المشتري عنه صاعاً من تمر؛ فوضح أن الصحيح ما ذهبنا إليه.

وليس لأصحاب أبي حنيفة أن يستدلوا بقوله[٥] - صلى الله عليه وآله وسلم -: «الخراج بالضمان» لإبطال ضمان المشتري؛ لأن أخبار المصرَّاة قد أوجبت ذلك، كما لا خلاف في أن الغاصب وإن كان ضامناً، فإن اللبن لا يكون له، وكذلك من أخذ الشاة ببيع فاسد، فحلبها.

مسألة: في اشتراط الخيار إلى مدة معلومة

قال: وكذا من اشترط في البيع الخيار إلى[٦] مدة معلومة، ثبت الشرط مع البيع.

[وهذا منصوص عليه في (الأحكام) [٧]]. وهذا لأنه صفة للعقد، ولم يقتض فيه جهالة، وقد مضى الكلام في باب خيار البائع، فلا طائل في إعادته.

مسألة: في اشتراط ما يصح العقد عليه منفرداً

قال: وكذا إن اشترى[٨] طعاماً على أن يحمله[٩] البائع إلى منـــزله، أو حنطة على أن يطحنها، أو ثوباً على أن يخيطه، أو ناقة على أن ترضع فصيلاً للبائع مدة معلومة،

---

(١) في (أ): مجهولة.
(٢) في (أ): مجهولة.
(٣) ظنن في الهامش على استهلكه.
(٤) في (ب): صاعاً من تمر، فوضح أن.
(٥) في (أ): بما روي من قوله.
(٦) سقطت إلى من (ب).
(٧) انظر: الأحكام ٢/٤٥، وقد تقدمت المسألة.
(٨) في (ب): اشترط. وظنن على ما أثبتناه في الهامش.
(٩) في (ب): يحمله إلى منزله.

ثبت الشرط في جميع ذلك مع البيع؛ لأن ذلك مما يصح عقده على العوض منفرداً، فصح أن يضم إلى عقد البيع.

[وهذا منصوص عليه في (المنتخب)[١]].

والأصل فيه: ما رواه الشعبي، عن جابر بن عبد الله، أنه كان يسير مع رسول الله - صلى الله عليه وآله وسلم - على جمل له، فأعيى، فأدركه رسول الله - صلى الله عليه وآله وسلم - فقال: «ما شأنك يا جابر؟ قال: أعيى ناضحي يا رسول الله، فقال: معك شيء، فأعطاه قضيباً، أو عوداً، فنخسه، أو قال: فضربه، فسار سيراً لم يكن يسير مثله، فقال لي[٢] رسول الله - صلى الله عليه وآله وسلم -: بعنيه بأوقية؟ فقلت: يا رسول الله، ناضحك، قال: فبعته بأوقية، واستثنيت حملانه حتَّى أقدم إلى أهلي»[٣]. فلما اشترى رسول الله - صلى الله عليه وآله وسلم - ناضحه على الشرط الذي ذكره، صار ذلك أصلاً في صحة كل بيع بِيع[٤] مع شرط أمرٍ يصح أن يعقد عليه بالعوض على الانفراد على /٨٢/ ما بيناه.

فإن قيل: في آخر الخبر أنه لما أتى المدينة أتى النبي - صلى الله عليه وآله وسلم - بالبعير فقال: هذا بعيرك، فقال: «ترى أني إنما جئتك لأذهب ببعيرك، يا بلال، أعطه أوقية، وقال: انطلق ببعيرك فإنها لك». فدل ذلك على أن البيع لم يكن وقع.

قيل له: ليس فيه دليل على ذلك، بل الظاهر منه أن البيع كان انعقد وصح، ولهذا أمر بتوفية الثمن، لكنه - صلى الله عليه وآله وسلم - على عادة كرمه منحه البعير بعد أن ملكه عليه، وكيف يصح هذا التأويل مع قول جابر: فبعته منه بأوقية واستثنيت حملانه؟

---

(١) انظر: المنتخب ٢٠٢.

(٢) في (أ): فقال رسول.

(٣) أخرجه الطحاوي ٤١/٤، وأخرج مسلم نحوه ١٢٢٣/٣.

(٤) في (أ): يقع.

فإن قيل: فقد روي عن النبي - صلى الله عليه وآله وسلم- [١] أنه نهى عن شرطين في بيع، وهذا من ذلك، وكذلك عن بيعتين في بيع.

قيل له: معناه عندنا أن يبيع[٢] السلعة على أنها بالنقد بكذا، وبالنسيئة بكذا، أو على أنها إلى أجل كذا بكذا، وإلى[٣] أجل كذا بكذا درهماً على أن تعطيني بها دنانير.

فإن قيل: عموم ما ذكرناه يقتضي فساد البيع الذي اختلفنا فيه.

قيل له: لو كان ذلك كذلك، كان يخصه حديث جابر، ومن أصلنا بناء العام على الخاص، ويكون من اشترى طعاماً على أن يحمله البائع، تقديره[٤] من اشترى الطعام، واستأجر البائع يحمله، فيكون الثمن ثمناً للطعام، وأجره للحامل مقسَّطاً عليهما، وكذلك سائر ما ذكرناه إلى آخر المسألة.

فإن قيل: إذا كان الطعام في حال ما يستأجر المشتري صاحبه على حمله يكون بعدُ في ملكه، فكيف تصح هذه الأخبار[٥]؟ لأنه لا يصح أن يستأجر الإنسان على أن يبني دار نفسه، ويخيط ثوب نفسه، ويحمل طعام نفسه.

قيل له: لا تمتنع صحتها إذا كانت الإجارة يصادف تمامها استقرار الشيء في ملك المشتري، فلا تكون الإجارة[٦] واقعة على ملك البائع، بل على ملك المشتري. يوضح ذلك أن أهل العراق يجوزون شراء النعل[٧] على أن يشركها[٨] البائع؛ ولا وجه لصحتها غير ما قلناه.

---

(١) في (أ): وسلم نهى.
(٢) في (أ): بيع.
(٣) في (أ): أو إلى.
(٤) في (أ): تقديره تقدير.
(٥) في (ب): ظنن الإجازة.
(٦) في (أ): تلك الإجارة.
(٧) في (ب): شراء البعل، وفي (أ) شراء آلة النعل.
(٨) أي يصنع لها شراكاً. تمت من هامش (أ).

وعلى هذا النحو جوابنا إن[١] قيل فيما رويناه أن النبي - صلى الله عليه وآله وسلم - اشترى بعيراً من جابر، واشترط جابر ظهره إلى أن يعود إلى المدينة، فكيف يجوز أن يكون ظهر البعير ثمناً له، وهو بعد في ملك البائع؟ لأنا نقول: إن ذلك لا يستقر كونه ثمناً إلا مع استقرار ملك المشتري للبعير.

وروي أيضاً عن جابر أنه قال: بعت من النبي - صلى الله عليه وآله وسلم - ناقة وشرط[٢] لي حملانها إلى المدينة. فدل ذلك أيضاً على صحة ما ذهبنا إليه في هذا الباب، وهو كالنص فيما قلناه من بيع الناقة على أن ترضع فصيلاً للبائع مدة معلومة، على أن ما أجازه من بيع النعل بشرط التشريك يمكن أن نجعله أصلاً فيما اختلفنا فيه، فنقول: إذا كان بيعاً قد شرط فيه ما يصح إفراد عقده[٣] على عوض، و/٨٣/ لم يقتض جهالة[٤]، وجب أن يصح البيع والشرط، فكذلك سائر ما اختلفنا فيه، ويستدل عليه بقول الله تعالى: ﴿أَوْفُوا بِالْعُقُودِ﴾(المائدة:١)، وقد عقدوا البيع[٥] والشرط، فيجب الوفاء بهما، وبقوله - عز وجل -: ﴿لا تَأْكُلُوا أَمْوَالَكُم بَيْنَكُم بِالْبَاطِلِ إِلاَّ أَن تَكُونَ تِجَارَةً عَن تَرَاضٍ﴾(النساء: ٢٩)، وهذه تجارة عن تراض، وبقول النبي - صلى الله عليه وآله وسلم -: «المسلمون عند شروطهم».

مسألة: في شراء العبد واشتراط ثمنه إذا أبق

قال: وكذلك إن اشترى عبداً، واشترط على البائع ثمنه إن أبق إلى وقت معلوم، صح البيع والشرط جميعاً.

[وهذا منصوص عليه في (الأحكام)[٦]].

معنى قوله: واشترط ثمنه: أن يرد العبد، ويفسخ البيع، ويسترد الثمن.

---

(١) في (أ): فإن.
(٢) في (أ): اشترط.
(٣) في (ب): عقده بالعوض.
(٤) في (أ): جهالة في العقد.
(٥) في (ب): للبيع.
(٦) انظر: الأحكام ٢/٤٣٨.

ووجه صحة هذا: أنه اشترط ألا يأبق العبد إلى ذلك الوقت، وجعل تركه الإباقَ في تلك المدة صفة للمبيع، فوجب أن يصح البيع والشرط، كبيع العبد على أنه خياط، والدابة على أنها هملاج، وهذا قد مضى بيانه في نظائره.

مسألة: في بيان الشرط الذي يثبت البيع دونه

قال: والشرط الذي يثبت البيع دونه ما خالف الشروط التي بيناها، بألاَّ يكون صفة للمبيع، ولا للبيع، ولم يقتض جهالة في العقد، ولا كان مما يصح عقده منفرداً، نحو أن يشتري جارية على أن يتخذها أم ولد، فإن البيع يثبت دون الشرط.

والأصل في هذا: ما روي أن عائشة اشترت بريرة على أن تعتقها، وشرط البائع الولاء، فقال رسول الله – صلى الله عليه وآله وسلم –: «الولاء لمن أعتق». وفي بعض الأخبار أن عائشة قالت لرسول الله صلي الله عليه وآله وسلم: إن أهلها يقولون: نبيعكها على أن ولاءها لنا، فقال: «لا يمنعك ذلك، فإنما الولاء لمن أعتق». فثبت بهذه الأخبار أن النبي – صلى الله عليه وآله وسلم – أثبت البيع، وأبطل الشرط.

فإن قيل: روي أن بريرة كانت كوتبت، فجاءت عائشةَ تستعين، فقالت: إن أحبَّ أهلك، أعطيتهم ذلك جملة، ويكون ولاؤك لي، فذهبت إلى أهلها، فعرضت ذلك عليهم، فأبوا؛ وليس في هذا الحديث أنهم كانوا يشترطون ذلك في البيع.

قيل له: يجوز أن يكون اختصر الراوي ذلك، وسائر الرواة رووه على ما بيناه، ويدل على أنهم[1] اشترطوا في البيع (ما روي أن رسول الله صلى الله عليه وآله قام عند ذلك)[2] فحمد الله، وأثنى عليه، ثُمَّ قال: «أما بعد، ما بال أقوام[3] يشترطون شروطاً ليست في كتاب الله، وكل شرط ليس في كتاب الله فهو باطل وإن كان مائة شرط، قضاء الله أحق، وشرط الله أوثق، وإنما الولاء لمن أعتق». فكيف يقول – صلى الله عليه وآله وسلم – [ذلك] لولا أنهم كانوا اشترطوا الولاء؟

---

(١) في (أ): أنهم كانوا.

(٢) سقط من (أ) ما بين القوسين.

(٣) في (أ): أناس.

فإن قيل: روي أن زينب زوجة عبد الله بن مسعود باعت[١] عبد الله جارية، واشترطت[٢] خدمتها، فذكرت لعمر فقال: لا تقربنها ولأحد فيها مثنوية[٣]، فدل /٨٤/ ذلك من قوله على فساد البيع، وتابعه على ذلك عبد الله، و لم نحفظ فيه خلافاً.

قيل له: (ليس في الحديث أن عبد الله)[٤]. تابعه على ذلك، ولعل ذلك كان اجتهاد عمر، ولا يجب ألا يخالف، على أنه يجوز أن يكون كراهة وطئها للخلاف، فقد استحب الاحتياط في أمر الفروج؛ على أنه ليس في الحديث أنه اشتُرط خدمتها مدة معلومة، وذلك يقتضي الجهالة، ويوجب فساد البيع.

ودل كلامه في (الأحكام) [٥] و(المنتخب) [٦] عند ذكر خبر بريرة، على أن من باع عبداً، واشترط الولاء[٧]، ثبت البيع، والشرط يبطل، ووجهه النص الوارد فيه.

مسألة: في بيع الأمة واشتراط عدم الوطء

قال: وكذلك إن اشتراها على ألاَّ يطأها، ثبت البيع، دون الشرط.

[وهذا منصوص عليه في (المنتخب) [٨]].

ووجهه: ما مضى من أنه لا يوجب الجهالة، وليس هو مما يجوز أن يفرد بالعقد على العوض، فوجب أن يسقط الشرط، ويثبت البيع.

مسألة: في تنقيص البائع من الثمن لأجل الشرط

قال: وإن كان البائع قد نقص من الثمن شيئاً لهذه الشروط، فله أن يرجع فيه،

---

(١) في (ب): بابنه، ونبه على ما أثبتناه في الهامش.

(٢) في (ب): واشترط.

(٣) أي شرط.

(٤) سقط من (أ) ما بين القوسين.

(٥) انظر: الأحكام ١/٣٩٩.

(٦) انظر: المنتخب ٢٢٦، وأما المثال الذي ذكره في أول المسألة فنص عليه في المنتخب ١٩٤ تحت باب ما لا يفسد البيع من الشروط.

(٧) في (أ): الولاء لنفسه على أن البيع يثبت.

(٨) انظر: المنتخب ١٩٥ ، ٢٠٣.

وهذا لفظ (المنتخب) [1]، وكان أبو العباس يقول: إن كان ترك من القيمة شيئاً، ويجعل الثمن عبارة عن القيمة، وشبهه بمن تزوج امرأة على ما لا يلزمه الوفاء به، ونقصته من أجل ذلك الشرط من مهر مثلها، في أنها ترجع بما نقصته متى لم يفِ الزوج لها به.

ويمكن أن يقال فيه: إنه إذا باعها بألف على ذلك الشرط، ثم أبرأه من مائة لذلك الشرط أنه يرجع فيها إذا لم يفِ؛ لأن البراءة لم تقع مطلقة، وإنما وقعت مشروطة، فإذا لم يوجد المشروط، لم يثبت البراء، وهذا هو الأولى لموافقة لفظ (المنتخب) في ذكر الثمن دون القيمة.

قال: ويستحب الوفاء بهذه الشروط ما لم تؤد إلى المآثم، لا خلاف فيه، وقد قال النبي - صلى الله عليه وآله وسلم -: «المسلمون عند شروطهم».

(١) انظر: المنتخب ١٩٤ ، ٢٠٣.

باب القول في المرابحة

مسألة: فيمن يشتري السلعة ويبيعها ثمّ يشتريها ويبعها

ولو أن رجلاً اشترى سلعة، ثم باعها، ثم اشتراها ثانياً بأكثر من ثمنها رغبة فيها، فإنه لا يبيعها مرابحة إلا على الثمن الأول، أو يبيعها مساومة.

[وهذا منصوص عليه في (الأحكام) [١]].

ووجهه: أن الناس يتبايعون ما يتبايعون بحسب قيمة السلعة، أو بما يقع التغابن به في الزيادة والنقصان، فإذا اشتراه لغرض له يختصه بأكثر من ثمنه، وباعه على ذلك، كان[٢] ذلك خيانة، وذلك أن معنى الخيانة أن يكون البيع في الظاهر أفضل، وفي الباطن أنقص للمشتري، وقد حصل ذلك في هذا البيع؛ لأنه في الظاهر مشترٍ بمثل قيمته على العرف /٨٥/ والمعتاد، وفي الباطن مشترٍ بأكثر من ذلك، فهو في الباطن أنقص للمشتري، فلم يجز بيع ذلك مرابحة لما فيه من الخيانة، وأجاز بيعه مرابحة على الثمن الأول ليسلم من الخيانة، أو يبيعه مساومة، لأن له أن يبيع ماله بما شاء.

مسألة: في من اشتريا سلعة وتقاوماها بتكثير قيمتها

قال: ولو أن رجلين اشتركا في سلعة فابتاعاها بخمسين ديناراً، واسترخصاها، فتقاوماها بينهما بستين ديناراً، واشترى أحد الشريكين نصيب صاحبه بثلاثين ديناراً، فإنه لا يبيعها مرابحة على الستين ديناراً، وإنما يبيعها على خمسة وخمسين ديناراً.

[وهذا منصوص عليه في (الأحكام) [٣]].

ووجهه: أنه اشترى بخمسة وخمسين ديناراً؛ لأنه اشترى نصيبه الأول بخمسة وعشرين ديناراً، والثاني الذي اشتراه من شريكه بثلاثين ديناراً، فحصلت السلعة له

---

(١) انظر: الأحكام ٢/٥٥ - ٥٦.
(٢) في (أ): لأن.
(٣) انظر: الأحكام ٢/٥٦.

بخمسة وخمسين ديناراً، فجاز له أن يبيعه مرابحة على ذلك، ولا يجوز له أن يبيعه مرابحة على ستين؛ لأن ذلك يكون خيانة؛ لأن بيع المرابحة هو على الثمن دون القيمة؛ لأنه[1] ملكه بالثمن، أعني البائع.

مسألة: في بيع الثياب على الرقوم

قال: ولا يجوز بيع الثياب على الرقوم مرابحة، إلا أن يكون رقمه رقماً صحيحاً بعد أن عرف ما غرم فيه من الثمن، والقصارة، والكراء، وغير ذلك، ويبينه للمشتري، فإذا كان ذلك كذلك، فلا بأس ببيعه كذلك مرابحة.

[وهذا منصوص عليه في (الأحكام) [2]].

اعلم أن بيع الثياب على الرقوم يكون ذلك على أوجه[3]:

أحدها: أن يكون الرقم غير معلوم لهما، بأن يكون ثوباً مطوياً، أو يكون لا يقفان على الرقم، فالبيع على هذا باطل، نص عليه في (الأحكام) [4]، وذلك أن الثمن مجهول لهما، أو يجري[5] مجرى المخاطرة والقمار، وهذا مما لا أحفظ فيه خلافاً.

والوجه الثاني: أن يكونا يعرفان الرقم ومقداره، ولا يعرفان هل هو صحيح، أم لا، كأن يكون[6] الرقم مائة، ولا يدرى أن الثوب اشتري بمائة، أو أقل، أو أكثر، فهذا يجوز البيع عليه مساومة؛ لأنه لا فرق بين أن يقول: بعتك هذا الثوب بمائة، وبين أن يقول بهذا الرقم، وهما يعلمان أن الرقم مائة، فيجب صحة البيع؛ لأن الثمن معلوم /٨٦/ بينهما على ما بيناه، فلا وجه لإفساد البيع.

والوجه الثالث: أن يكونا عارفين بالرقم، ويكون الرقم صحيحاً على ما ذكره في

---

(١) في (أ): لأن.
(٢) انظر: الأحكام ٢/٥٦ - ٥٧.
(٣) في (أ): ثلاثة أوجه.
(٤) انظر: الأحكام ٢/٥٦.
(٥) في (أ): ويجري.
(٦) كأن يكون الثمن مجهول مائة.

الكتاب، فيجوز البيع على ذلك مرابحة؛ لأن رأس المال يكون معلوماً، فيصح بيع المرابحة عليه، ويبين ذلك للمشتري، أو يقول: قام علي بكذا، و لم يقل: اشتريت، فإنه كذب.

ومعنى قوله: الثمن، والقصارة، وغير ذلك، ما جرت عادة التجار أن يضم إلى التجارة نحو الصبغ، وأجرة الصباغ، والسمسار، والمضارب أيضاً يضم ما أنفقه على التجارة مما لا بد منه إذا كان ذلك قسطاً، و لم يكن إسرافاً.

مسألة: في بيع البهيمة مرابحة بعد حلبها

قال: ولو أن رجلاً اشترى ناقة، فعلفها، وحلبها مثل قيمتها، جاز له أن يبيعها مرابحة إذا علم المشتري أن مثلها تحلب.

[وهذا منصوص عليه في (المنتخب) [(1)]].

وذلك أن المشتري إذا عرف أن مثلها تحلب، ورضي أن يرابحه على الثمن، صح ذلك بينهما؛ لأنه ليس فيه ما يجري مجرى الخيانة؛ ويجيء على هذا من اشترى ثوباً بعشرة، ثُمَّ باعه باثني عشر، ثُمَّ اشتراه بعشرة، جاز أن يبيعه مرابحة على العشرة، وبه قال أبو يوسف، ومحمد.

وقال أبو حنيفة: يبيعه بثمانية، يحط من الثمن قدر ما ربح، وهو درهمان.

ووجهه: أنه وإن انتفع به من وجه، فالثمن الذي اشتري به عشرة، وتقع المرابحة عليه، والمشتري يعلم أن الإنسان قد يتصرف في الشيء يبيعه مراراً، وقد يربح، ويخسر.

فصل: في بيع المرابحة إذا كانت فيه خيانة

لا نص ليحيى بن الحسين - عليه السلام - في بيع المرابحة إذا كان فيه خيانة، لكنه ذكر في (الأحكام)[(2)] في رد المعيب أنا جعلنا للمشتري الخيار؛ لأنه دلس عليه،

---

(١) انظر: المنتخب ٢١٨.

(٢) انظر: الأحكام ٤٧/٢.

وخيانة المرابحة ضرب من التدليس على المشتري، فوجب أن يكون له الخيار على تعليل يحيى بن الحسين بين أن يرضى بجميع الثمن، أو يرده ويفسخ البيع.

وبه قال أبو حنيفة، ومحمد، وهو أحد قولي الشافعي مادامت السلعة قائمة بعينها.

قال زيد بن علي - عليهما السلام -: يحط الخيانة عن[1] المشتري، وبه قال أبو يوسف في الأصل، والربح.

ووجه ما ذهبنا إليه: أن ظاهر العقد خير للمشتري من باطنه في بيع صحيح، فوجب أن يكون للمشتري الخيار في فسخ البيع، دليله الرد بالعيب، أو اشترى مؤجلاً، وباع مرابحة معجلاً، ولا خلاف أن للمشتري فيه الخيار دون الحط، فكذلك ما اختلفنا فيه، فأما إذا كانت السلعة تالفة، فلا شيء للمشتري فيه على البائع.

والذي يجيء على قول يحيى بن الحسين - عليه السلام - أنه يحط عنه الخيانة؛ لتنصيصه على أن المبيع إذا تلف في يد /٨٧/ المشتري وبه عيب، يرجع بنقصان العيب، وبه قال الشافعي.

ووجه المسألة: ما نقوله[2] في الرد بالعيب.

---

(١) في (أ): على.

(٢) في (أ): نقول به.

باب القول في الرد بالعيب

مسألة: في شراء المعيب مع العلم بالعيب

من اشترى معيباً، وهو عالم بعيبه، لم يكن له رده بذلك العيب، وكذلك إن علمه بعد البيع، فرضيه، لم يكن له أن يرده بعد ذلك.

[وهذا منصوص عليه في (الأحكام) [١] و (المنتخب) [٢]]، وهذا مما لا خلاف فيه.

ووجهه: أن شراء المعيب يصح كالصحيح، وثبوت الخيار للمشتري في فسخ المبيع[٣] إنما كان للتدليس، فإذا اشتراه وهو عالم بالعيب، لم يكن فيه تدليس، فوجب ألا[٤] يكون له الخيار، وكذلك إن علم بالعيب بعد البيع، ورضي به، بطل خياره؛ لأنه كان مخيراً بين الرضا والفسخ، فإذا اختار الرضا، ورضي به، بطل حكم الفسخ، كما لو اختار[٥] فسخه، بطل حكم الرضا.

مسألة: في استعمال المعيب بعد العلم بعيبه

قال: وكذلك إن استعمله بعد علمه بعيبه، نحو أن يكون مملوكاً فيستخدمه، أو مركوباً فيركبه، أو ملبوساً فيلبسه، أو أرضاً فيستغلها، كان ذلك رضا، وبطل خياره في الرد.

[وهو منصوص عليه في (المنتخب) و(الفنون)][٦]، وهذا مما لا خلاف فيه، وذلك أن استعماله[٧] يدل على رضاه بالعيب، فهو جارٍ مجرى أن يقول: رضيت بالعيب.

---

(١) انظر: الأحكام ٢/٢٧.
(٢) انظر: المنتخب ٢١٢.
(٣) في (أ): البيع.
(٤) في (أ): أن يكون.
(٥) في (أ): اختار الفسخ وفسخه.
(٦) انظر: المنتخب ٢١٢، والفنون ٤٣٦.
(٧) في (أ): استعمل.

مسألة: في المشتري يعلم العيب فيعرض المبيع للبيع

قال القاسم – عليه السلام –: إن عرضه للبيع بعد علمه بالعيب، لم يكن ذلك رضاً، وكان له رده بعد ذلك.

[وهو مما رواه يحيى عنه في (الأحكام) (١)]، وبه قال زيد بن علي – عليهما السلام –. وعند أبي حنيفة يكون ذلك رضا، وعند الشافعي خيار الرد على الفور، وسكوت المشتري بعد العلم بالعيب يكون رضا.

والأصل في أن خيار الرد ليس على الفور، وأن السكوت لا يدل على الرضا: ما روي عن أبي هريرة، عن النبي – صلى الله عليه وآله وسلم – قال: «من اشترى شاة مصرَّاة، فلينقلب بها، فليحلبها، فإن رضي حلابَها، أمسكها، وإلا ردها، ورد معها صاعاً من تمر».

وروي عن النبي – صلى الله عليه وآله وسلم – أنه قال: «من اشترى مصرَّاة، فهو فيها بالخيار إلى ثلاثة أيام». فجعله النبي – صلى الله عليه وآله وسلم – بالخيار هذه المدة، ولم يجعل خياره في الرد على الفور، ولم يجعل السكوت رضا، فوجب أن يكون ذلك حكم الرد بالعيب، لأنهما جميعاً خيار الرد بالعيب.

فإن قيل: خيار المصرَّاة مدة مضروبة، فلذلك وجب ألا يكون خياره على الفور.

قيل له: لا يكون السكوت في المدة رضا، كذلك لا يكون رضا أبداً مع الإطلاق؛ لأن خيار الرد هو الإطلاق، ونعني به أنه ليس له مدة مضروبة كما لخيار الشرط.

فإن قيل: إذا عرف العيب، فليس يخلو من أن يرضى به، أو يسخطه، فإن رضي به، أمسكه، وإن سخطه، لم يكن له إمساكه.

قيل له: هذا يفسد من وجهين:

أحدهما: أنه لا يمتنع أن يسخط، ولا يلزمه الرد في الحال كالمصراة، وخيار الشرط.

---

(١) انظر: الأحكام ٢/٤٨.

والثاني:/٨٨/ أنه لا يمتنع أن يحصل له حال ثالثة، وهو أن يرى، وينظر[1] هل له حظ في الإجازة والرضا، أو في الرد، كما في المصراة، ومن له خيار الشرط، على أنا لسنا[2] نسلم أن السكوت في كل حين دلالة الرضا؛ لأن الساكت قد يسكت ليتروى، وقد يسكت مع السخط لأغراض له، وإن كان قد يسكت للرضا، فلم يجب أن يجعل السكوت على كل حال رضا؛ فإذا ثبت ذلك، وجدنا العرض للبيع مثل السكوت؛ لأن الإنسان قد يعرض الشيء للبيع، وهو لا يريد البيع، بل يريد أن يعرف حال الشيء فيما يساوي، ولأن العيب هو الذي ينقص من القيمة، فلا يمتنع أن يعرض المبيع ليعرف مقدار ما ينقصه ذلك العيب؛ لينظر هل يصلح له فيرضى، أو لا يصلح[3] فيرد؛ فوجب ألا يكون ذلك رضا، وألا يبطل له خيار الرد.

وتحرير العلة أن يقال: إن العرض للبيع قد يكون عن رضًا، وعن غير رضا، فلم يجب أن يجعل في كل حال رضا، كما في السكوت، وهذا الكلام إنما هو مع أبي حنيفة؛ لأن السكوت ليس يكون على كل حال رضا على ما تقدم بيانه.

مسألة: في خيار المشتري بين أخذ المبيع أو رده

قال: وللمشتري الخيار بين أن يرضى البيع، وبين أن يرده، وبين أن يمسكه، ويأخذ من البائع نقصان العيب، فإن أبى البائع ذلك، حُكم عليه برد الثمن، واسترجاع المعيب.

[وهذا منصوص عليه في (الأحكام)[4]].

وأما الرضا بالعيب، فلا خلاف أنه للمشتري، وكما يصح أن يشتري المعيب مع علمه بالعيب، كذلك له الرضا بالعيب[5]. وقوله: أو يأخذ من البائع نقصان العيب

---

(١) في (أ): وهو أن ينظر هل له خط.

(٢) في (أ): لو سلمنا لسنا نسلم.

(٣) في (أ): يصلح له.

(٤) انظر: الأحكام ٢/٤٧ ، ٤٩.

(٥) في (ب): البيع.

فإنه أراد على المصالحة، وكان غرضه أن يبين أن هذا الصلح جائز متى تراضيا عليه، إذ من الصلح ما لا يجوز وإن تراضيا به؛ يبين هذا قوله في آخر هذه المسألة في (الأحكام)[١] فإن أبى البائع ذلك، حكم عليه برد المبيع واسترجاع الثمن[٢]، وقد غلط في هذا بعض أصحابنا فظنوا أن للمشتري أن يجبر البائع على رد نقصان المعيب، وهذا فاسد لما بيناه من قوله في آخر المسائل أن البائع إن أبى ذلك، حكم عليه برد المبيع، واسترجاع الثمن؛ فبان أن قوله يأخذ نقصان العيب: المراد إن تراضيا به، وتصالحا عليه، على أن أخذ النقصان إنما يكون على وجهين:

أحدهما: الحط من الثمن من أجل العيب، إن كان المأخوذ من جنس الثمن، وكان الثمن نقداً.

أو على وجه إلحاق الزيادة في المبيع بأصل العقد، إن كان المأخوذ من غير جنس الثمن، وكل واحد من الوجهين لا يصح إلا مع رضا البائع؛ فبان أنه لا يجوز أن يحكم عليه بذلك، وأنه إن أبى ذلك، فلا يحكم عليه إلا برد الثمن واسترجاع المبيع، على أن هذه الجملة - أعني أنه لا يحكم إلا بما قلنا، وأن ذلك جائز على طريق الصلح - لا أحفظ فيه خلافاً بين العلماء.

فإن قيل: ألستم تقولون /٨٩/ فيمن اشترى جارية فوطئها، ثم وجد بها عيباً: إنه يحكم على البائع بنقصان العيب؟

قيل له: لأنه إذا ثبت أنه لا سبيل إلى الحكم بردها، ولم يجز أن يقرَّ المشتري على الرضا بالعيب، مع أنه اشترى على أنه صحيح، لم يبق فيه إلا إجباره على الحط بمقدار نقصان العيب.

مسألة: في ظهور عيب الجارية بعد وطئها

قال: ومن اشترى جارية، فوطئها، ثم ظهر له فيها عيب، وجب له على البائع نقصان العيب.

---

(١) انظر: الأحكام ٢/ ٤٩.

(٢) في (أ): واسترجاع البائع الثمن.

[وهذا منصوص عليه في (الأحكام)[1]]. وبه قال أبو حنيفة. وقال الشافعي: له أن يردها بالعيب.

والأصل في ذلك: ما روى زيد بن علي، عن أبيه، عن جده، عن علي - عليه السلام - في رجل اشترى من رجل جارية فوطئها، ثم وجد بها عيباً، فألزمها المشتري، ثم قضى له على البائع بعشر الثمن. قال زيد - عليه السلام -: كان نقصان العيب العشر[2].

فإن قيل: فقد روي عن عمر أنه حكم بردها، ورد عشر ثمنها إن كانت بكراً، ونصف العشر إن كانت ثيباً، فما تنكرون على من قال ذلك؟

قيل له: عندنا أن علياً - عليه السلام - أولى بالاتباع، وقوله عندنا حجة، وليس كذلك قول غيره، على أن قول عمر لا أعرف به اليوم قائلاً، لأن أبا حنيفة يقول مثل قولنا، والشافعي يقول في الثيب يردها بالعيب، ولا يجعل للوطء حكماً، ويقول في البكر مثل قولنا؛ فإذا سقط قوله، بقي قول علي وحده، فجرى مجرى الإجماع منهم؛ لأنه لم يروَ عنهم في ذلك إلا قول علي، وقول عمر، وتابعه ابن مسعود، وسقط قول عمر، وابن مسعود، فلم يبق إلا قول علي - عليه السلام -.

فأما ما ذهب إليه الشافعي في الثيب، فهو مخالف لإجماع الصحابة؛ لأن الكل منهم يحكم بخلافه على ما بيناه، فوجب سقوطه في هذا الوجه، وأيضاً لو ردها بعد الوطء بالعيب، كان ذلك فسخاً للبيع، ولو فسخه، لعادت إلى البائع كما كانت، وصار البيع كأن لم يكن، فيحصل الوطء في الحكم كأنه وقع في ملك البائع، وكل من وطء في ملك الغير لا بد فيه من حَدٍّ، أو مهر، فلو ردها، لوجب أن يرد معها المهر، وذلك باطل بالإجماع، فبطل الرد؛ إذ لا يصح إلا مع أمر صح بطلانه.

فإن قيل: أليس البائع إن رضي بأخذها مع العيب، صح ذلك، ولا يؤدي على ما ذكرتموه أن يحصل الوطء في ملك الغير بغير حد ولا مهر، وهذا نقض ما اعتمدتموه؟

---

(١) انظر: الأحكام ٢/ ٤٧.

(٢) المسند كتاب البيوع، باب العيوب.

قيل له: هذا غير منصوص عليه، ولو صح ذلك، كان رضا البائع بأخذها معيبة إبراء للمشتري من جميع حقوقه المتعلقة بالجارية، فجرى مجرى إبرائه من مهرها، وليس كذلك إذا حكم عليه بذلك؛ لأنه لا/٩٠/ يرضى بإبرائه من حقوقه المتعلقة بها.

فإن قيل: أليس لو استخدمها، ثُمَّ وجد بها عيباً، فله أن يردها، كذلك يكون إذا وطئها؟

قيل له: الفرق بين الخدمة والوطء أن الاستخدام يصح في ملك الغير بغير عوض، ولا يصح الوطء، وأيضاً الوطء مبطل خيار الشرط، والاستخدام لا يبطله، فوجب أن يبطل خيار الرد بالعيب، وإن لم يبطله الاستخدام.

فإن قيل: وطء الثيب لا يكون فيها عيب.

قيل له: لسنا ننكر ذلك، ولم نمنع الرد؛ لأن ذلك عيب، بل للوجوه التي بيناها، وإنما ذلك علة أصحاب أبي حنيفة.

مسألة: في معيب لم يعرف عيبه ويحدث به عيب آخر

قال: ولو أن رجلاً اشترى معيباً، فلم يعرف عيبه حتى حدث فيه عنده عيب آخر، كان المشتري بالخيار، إن شاء رد السلعة، ورد نقصان العيب الحادث، وإن شاء لزمها، وأخذ من البائع نقصان العيب الأول.

[وهذا منصوص عليه في (الأحكام) (١)].

لا خلاف في أن له أن يلزم السلعة، ويأخذ أرش العيب، وإنما الخلاف في أن يرد أرش العيب. قال أبو حنيفة، والشافعي: ليس له إلا أخذ أرش العيب، ولزوم السلعة. وقال مالك: يردها، ويرد أرش العيب الحادث عنده، وكل ذلك إن لم يرض البائع برد الثمن.

وإنما قلنا إن له الخيار؛ لأنه اشترى صحيحاً، فلا يجوز أن نلزمه معيباً، بل يجب أن

---

(١) انظر: الأحكام ٢/ ٤٧.

يكون له رده، وفسخ البيع. دليله: لو لم يكن حدث عنده عيب آخر، والعلة أنه اشتراها صحيحة، فوجدها معيبة.

فإن قيل: فكيف يردها، وقد حدث فيها عيب لم يكن؟

قيل له: يردها مع أرش العيب، فيكون كأنه قد ردها سليمة من ذلك العيب؛ يدل على ذلك أن حال المشتري لا يجب أن يكون أسوأ حالاً من حال الغاصب، ولو كان غَصَبها، ثم حدث عند الغاصب عيب فيها، كان له أن يردها مع أرش العيب، فكذلك المشتري؛ لأن العيب حدث وهي في ضمانه، فلا يجب أن يبطل ما كان له من الرد.

فإن قيل: الغاصب لا يمكن فيه غير ذلك.

قيل له: قد كان يجوز أن يلزم، ويضمن القيمة.

فإن قيل: فإنه لم يرضَ أن يملك بالعوض.

قيل له: والمشتري لم يرضَ أن يملك المعيب بالعوض.

فأما لزوم السلعة، والرجوع على البائع بأرش العيب، فلا أحفظ فيه خلافاً.

ووجهه: أنه قد ملكه، بدلالة أنه لو رضي بالعيب، لم يحتج إلى تجديد عقد، فلا وجه لأن يلزمه الفسخ، ولا وجه لأن يلزمه المعيب وقد دخل في الشراء على أنه صحيح، فوجب أن يكون له لزومه، والرجوع بأرش العيب، وليس للغاصب أن يمسكه ويعطيه القيمة؛ لأنه لم يملكه كما ملكه المشتري.

فإن قيل: على المسألة الأولى لو جاز أن يردها ناقصة مع الأرش، جاز أن يرد البيع، وإن تلفت، ويرجع بالثمن، ويضمن القيمة.

/٩١/ قيل له: ذلك لا يجوز؛ لأن الفسخ لا يمكن مع تلف السلعة، وإذا لم يمكن، لم يصح الرجوع بالثمن، فيبطل ما قلتموه؛ ويقال للشافعي: كما جاز لمشتري المصرَّاة أن يردها، ويرد عوض لبنها، كذلك ما اختلفنا فيه؛ لأنه عوض ما فات، وهو في

ضمان المشتري، فأما إن رضي البائع بأخذها مع العيب الثاني، رد جميع الثمن، فوجب ألا يكون للمشتري فيه خيار غير الرضا بالعيب؛ لأنه لا وجه أن يلزم الأرش، وقد رضي بأخذه معيباً، وهذا مما لا أعرف فيه اختلافاً.

مسألة: في شراء عدة سلع فيها معيب

قال: ولو أن رجلاً اشترى سلعاً كثيرة صفقة واحدة من عبيد، وإماء، وغير ذلك، فوجد ببعضها عيباً، كان له أن يرد السلع كلها، أو يرضى بها، وليس له أن يرد المعيب دون صاحبه.

[وهذا منصوص عليه في (الأحكام)[1]].

وقال أبو حنيفة: إن كان ذلك قبل القبض، لم يجب، وإن كان بعد القبض، فرّق الصفقة، ورد المعيب دون الصحيح. لنا أن نقيسه بعد القبض، عليه قبل القبض فنقول: لا يجوز إلا رد الجميع، أو الرضا بالجميع؛ لأن خلافه يؤدي إلى تفريق الصفقة للرد بالعيب، وقولهم فيما يكال ويوزن إذا اشتري مجتمعاً، فإنه لا يجوز رد بعضه دون بعض، وكذلك قولهم فيمن اشترى شيئين لا يصلح أحدهما إلا بالآخر، مثل خفين، أو مصراعي باب، فوجد بأحدهما عيباً، أو بهما، ردهما جميعاً، أو أخذهما، حكى ذلك أبو الحسن الكرخي، وكل ذلك يؤكد ما ذهبنا إليه، ويمكن أن يجعل أصلاً يقاس عليه.

فإن قيل: إذا كنتم تقولون إن تفريق الصفقة يجوز للشفيع إذا اشترى المشتري ما له فيه شفعة، وما لا شفعة فيه، فما أنكرتم أن يكون تفريقها للرد بالعيب؟

قيل له: لا خلاف بيننا وبينكم أن خيار الشرط، وخيار الرؤية، لا يسوغان تفريق الصفقة، وأن من له الخيار يجيز البيع في الجميع، أو يرده في الجميع، فكان ما ذهبنا إليه في الرد بالعيب بذلك أشبه؛ لأنه خيار في فسخ البيع الصحيح، ويمكن أن يجعل أصلاً يرد ما ذهبنا إليه بعلة أنه خيار الفسخ لبيع صحيح، فيجب ألا يجوز تفريق الصفقة، وليس كذلك الشفيع؛ لأن سبيل المشتري سبيل الوكيل في أن بيعه ينتقل إلى الشفيع،

---

(١) انظر: الأحكام ٢/ ٤٧.

كما ينتقل شراء الوكيل إلى الموكل، ولا خلاف أن الوكيل لو اشترى شيئين، أحدهما لنفسه، والآخر لموكله، أن الموكل يأخذ ما هو حقه دون ما هو حق الوكيل، ويفرق الصفقة، فكان حال الشفيع بحال الموكل أشبه، فلهذا قلنا إنه يفرق الصفقة.

فإن قيل: إن الإنسان إذا باع ما يملك، وما لا يملك، (يوجب أن يفرق الصفقة، ويثبتون البيع فيما يملك دون ما لا يملك)(١)، فما /٩٢/ أنكرتم مثله فيما اختلفنا فيه؟

قيل له: الفرق بينهما أن البيع يتناولهما على حد واحد؛ لأنه صح فيما يملك، ووُقف فيما لا يملكُ، فصارت الصفقة كأنها صفقتان، فجاز أن يعرض الفسخ في الموقوف دون الصحيح، وليس كذلك الرد بالعيب؛ لأن عقد البيع يتناول المبيع كله على حد واحد، فكانت الصفقة على التحقيق صفقة واحدة؛ وحكى بعض الشافعية أنهم مختلفون فيه، فمنهم من يرى أن الصفقة تفرق في الرد بالعيب، ومنهم من رأى أنها لا تفرق، وأنهم لم يفصلوا بين أن يكون ذلك قبل القبض أو بعده، ووجدت في كلام ابن أبي هريرة ما دل على أن قولهم مثل قولنا.

فصل: في الشريكين يشتريان معيباً فيرده أحدهما

قال في (الفنون)(٢): إذا اشترى رجلان عبداً، ثم وجدا بالعبد عيباً، فأراد أحدهما أن يرضى به، وأراد الآخر أن يرد: إن من يريد أن يرضى بالعيب يلزمه أن يرد مع شريكه، أو يأخذ نصيب شريكه ويأخذ أرش العيب. وعند أبي حنيفة إذا رضي أحد الشريكين، بطل الرد. وعند الشافعي أن الصفقة تفرق، ويرد من يريد الرد.

ووجه ما قاله يحيى - عليه السلام -: أن تفريق الصفقة للرد لا يجوز للوجوه التي مضت، ولا يمكن إبطال حق الشريك الذي يريد الرد، وفي رضا الشريك بالعيب إبطال لحق شريكه، فوجب أن يضمنه، كما نقول في الشريكين يعتق أحدهما نصيبه من العبد، ولأن الحق فيه كالعين، فكما أنه لو استهلك نصيب شريكه بأي وجه من

(١) ما بين القوسين ساقط من (أ).
(٢) انظر-الفنون ٤٣٢.

وجوه الاستهلاك، ضمنه، وكذلك إذا بطل حقه في العين، فلهذا قلنا إنه يأخذه، وله أن يرجع بأرش ما أخذه من شريكه على البائع؛ لأنه لم يرضَ بالعيب في نصيبه، وبطل حكم الرد لرضاه بالعيب في نصيب نفسه، كما قلناه في من وطئ جارية مشتراة، ثُمَّ وجد بها عيباً: إنه إذا بطل خياره في الرد، يرجع على البائع بأرش العيب إذا لم يكن رضي بالعيب، وكذلك القول فيمن اشترى عبداً، فوجد به عيباً، ثم مات قبل الرد إنه يرجع بأرش العيب.

مسألة: في براءة البائع من العيوب

قال: وإذا قال البائع برئت إليك من كل عيب، لم يبرأ بقوله هذا من العيوب التي لم يبينها للمشتري.

[وهذا منصوص عليه في (الأحكام) [١]].

قال أبو حنيفة: يبرأ من جميع العيوب. واختلفت[٢] أقوال الشافعي فيه، ومن جملتها أن ذلك يُبطل البيع؛ لأن البيع يكون مجهولاً؛ لأنه يشتريه بعشرة، ولا يدري كم النقصان فيه؛ لأنه لا يدري مقدار الأرش، ولا مقدار قيمته، وهذا لا معنى له؛ لأن أكثر ما فيه أن يشتريه وهو لا يعرف قيمته، ويجوز أن يكون قيمته تسعة، أو ثمانية، أو أقل، وذلك لا يوجب فساد البيع، فبطل هذا القول.

ولا يصح أن يقال إنه شرط مجهول، فيجب أن يفسد البيع؛ لأنه لا يوجب جهالة في البيع، ولا المبيع، ولا الثمن، وكل[٣] شرط لا يوجب ذلك فلا يجب أن يكون مفسداً للبيع عندنا على ما بيناه فيما تقدم.

فإن قيل: هو يوجب /٩٣/ جهالة في المبيع؛ لأنه لا يدري ما هو؟ وما الذي فيه من العيوب؟

---

(١) انظر: الأحكام ٢/ ٤٨، ٤٩.
(٢) في (أ): واختلف.
(٣) في (أ): بل كل.

قيل له: لو كان ذلك كذلك، لوجب أن يفسد البيع وإن لم يشترط البراءة، إذا كان فيه عيب لم يعرفه المشتري والبائع، وذلك فاسد، فوجب سقوط هذا السؤال، وعلى هذا القول الذي يجيز البيع تختلف أقواله، فمرة يفرق بين الحيوان والثياب ونحوها، ومرة يجمع بينهما، ومرة يفرق بين عيبٍ يعلمه البائع، وبين ما لم يعلم، ومرة يجمع بينهما.

والدليل على أن هذه البراءة غير صحيحة: أنها في البيع اشتراط ترك حقٍ له، وقد مضى الكلام في مثاله في باب شروط البيع، وبينا أن الشرط إذا لم يكن صفة للبيع، ولا المبيع، ولا الثمن، ولا كان مما يصح أن يعقد عليه العوض منفرداً، ثبت البيع دون الشرط، وذلك بأن يبيع ويشترط الولاء لنفسه؛ لأنه شرط[1] ترك حق للمشتري من غير أن يكون ذلك صفة للبيع، أو المبيع، أو الثمن، وكذلك من اشترى جارية على ألا يطأها، ثبت البيع، وبطل الشرط؛ لأنه[2] اشترط على نفسه ترك حق[3] هو له على الوجه الذي بينه، فوجب أن يسقط الشرط فيما اختلفنا فيه؛ لأنه اشترط على المشتري ترك حق هو له، وهو الرد بخيار العيب.

فإن قيل: أليس لو نص على عيب بعينه، ورضي به المشتري، صح ذلك؟

قيل له: بين هذا وذاك فرق؛ لأن هذا شراء المعيب، وشراء المعيب جائز، وليس ذلك كذلك؛ لأنه لم يجعله معيباً يتعلق البيع به مع العيب، وإنما شرط عليه أن يترك حقاً يكون له، وهو الرد بالعيب، وأيضاً لا خلاف أنه لو قال قد أبرأتك من عيب واحد، أو عيبين، أو أكثر من ذلك، ولم ينص عليه[4]، كان ذلك باطلاً، والعلة أنها براءة من عيب مجهول، فكذلك ما اختلفنا فيه.

فإن قيل: فيما ذكرناه أولاً من الوجه الأول أنه أبرأه[5] من العيوب، وليس هو اشتراط ترك حق[6] له.

---

(١) في (أ): لأنه ترك.
(٢) في (أ): لا أنه.
(٣) في (أ): حق له.
(٤) في (أ): فيه.
(٥) في (أ): براءة.
(٦) في (أ): الحق.

قيل له: إنه وإن كان بلفظ البراءة، فالمعنى فيه هو اشتراط ترك حق له؛ لأن تحصيله أنه اشترط عليه ألا يرده بعيب إن وجد فيه، وما يراعى في صحة البيع والشرط وفسادهما إنما هو في المعاني دون العبارات.

مسألة: في رؤية المشتري للعيب في بلد آخر

قال: ولو أن رجلاً اشترى من رجل سلعة، فحملها إلى بلد غير البلد الذي وقع البيع فيه، فوجد بها عيباً، ولقي البائع في ذلك البلد، كان له أن يردها عليه فيه، و لم يكن للبائع أن يطالب المشتري بردها إلى البلد الذي انعقد فيه البيع.

[وهو منصوص عليه في (المنتخب) [(١)]].

ووجهه: أن الرد حق للمشتري لا تعلق له بالمواضع، فله أن يستوفيه من البائع في أي /٩٤/ موضع وجده فيه؛ دليله سائر الحقوق، كالدَّين، والقصاص، والكفالة؛ لأنها أجمع حقوق لا تعلق[(٢)] بالمواضع التي وجبت فيها، وإنما احترزنا بقولنا: لا تعلق له بالمواضع، من السَلَم، فإن السلم إذا كان من شرطه تسليم المسلَم فيه في موضع بعينه، صحت المطالبة بتسليمه في ذلك الموضع.

مسألة: في رد السلعة المعيبة فتموت في الطريق

قال: ولو أنه وجد بها عيباً، وأشهد على ذلك، وتوجه إلى البلد الذي فيه البائع ليردها، فتلفت في الطريق، كان له أن يرجع على صاحبها بنقصان العيب تخريجاً.

التخريج فيه قولنا بنقصان العيب؛ لأن إطلاق اللفظ في (المنتخب) [(٣)] ما يقتضي الرجوع بالثمن، إلا أن مسائله تدل على الرجوع بأرش النقصان، فكان قوله الثمن عبارة عن أرش النقصان.

والوجه في ذلك أن المشتري إذا اشترى معيباً وهو لا يعلم، وحدث ما يمنع الرد،

---

(١) انظر: المنتخب ٢١٢ - ٢١٣.

(٢) في (أ): تتعلق.

(٣) انظر: المنتخب ٢١٢ - ٢١٣.

وجب أن يرجع عليه بالنقصان على ما بينا في من[1] اشترى جارية معيبة، ثم وطئها، ثم علم بالعيب، أنه يرجع بأرش النقصان؛ لتعذر الرد، فكذلك في هذه المسألة؛ لأن الرد فيها قد تعذر؛ لأنه لا سبيل إلى رد التالف، فوجب أن يكون له الرجوع بأرش النقصان قياساً على ما ذكرناه، وأيضاً المشتري لم يستوفِ حقه، إذ كان حقه أن يسلمه تسليماً صحيحاً من العيوب، فوجب ألا تبطل ظلامته، ولا سبيل إلى استدراكها إلا بالرد، أو الرجوع بالأرش؛ لأنا لو لم نفعل ذلك، كنا قد أبطلنا ظلامته، وقد قال الله تعالى: ﴿لا تَظْلِمُونَ وَلا تُظْلَمُونَ﴾(البقرة: ٢٧٩).

ويجب أن يكون ما ذهبنا إليه، به قال أبو حنيفة وأصحابه؛ لأنهم جعلوا قولهم في هذا الباب بأنهم قالوا: الرد إذا تعذر لغير فعل كان من المشتري، أو بفعل منه غير مضمون، فيجب أن يكون له الرجوع بأرش العيب عندهم؛ ويدل على ذلك، وعلى أن الشافعي يجب أن يكون ذلك قوله، قولهما[2]: إن المشتري إذا حدث عنده عيب آخر، كان له الرجوع بأرش العيب الأول؛ لتعذر الرد؛ إذ لا يصح عندهما رد المعيب.

مسألة: في السلعة التي لا يعرف عيبها إلا بعد كسرها

قال: ولو أن رجلاً اشترى من رجل شيئاً من الفواكه التي لا يوقف على عيبها إلا بعد كسرها، فوجد فيها عيباً، فله[3] أن يرجع على البائع بنقصان العيب، إن كان له مع العيب قيمة، وإن كان مما لا قيمة له، كنحو البيض وشبهه، فله أن يرده، ويرجع بالثمن على البائع.

[وهو منصوص عليه في (الأحكام) [4]]. وبه قال أبو حنيفة وأصحابه. واختلفت أقاويل الشافعي اختلافاً كثيراً.

والذي يقتضيه مذهب يحيى - عليه السلام - أن للمشتري خيارين إن كان له

(١) في (أ): فإن.
(٢) في (أ): لأن قولهما.
(٣) في (ب): له.
(٤) انظر: الأحكام ٢/ ٧٠ - ٧١.

بعد الكسر قيمة، أحدهما: ما ذكره هاهنا من الرجوع بأرش العيب. والثاني: أن له أن يرده، ويرد أرش الكسر، على ما نص عليه في السلعة إذا وجد المشتري بها عيباً بعد أن حدث /٩٥/ عنده عيب آخر؛ لأن الكسر بمنـــزلة حدوث عيب آخر عنده، ولا يجب أن يكون سبيله سبيل الغاصب، يعتبر فيه أن يكون الكسر أزال معظم منافعه على الوجه الذي يذكره في مسألة الغصب، فيضمنه، ولا يكون له سبيل إلى رده؛ لأنه مُتعدٍّ فيه؛ وكذلك النجار إذا كسر، والدباغ إذا أفسد الأديم؛ لأنهما متعديان، والمشتري ليس بمتعدٍ في الكسر؛ لأنه مأذون فيه، فكان حكمه حكم السلعة يحدث فيها عيب عند المشتري، ثم يجد فيها عيباً، والوجه في هذا[1] ما مضى في الكتاب، فلا غرض في إعادته.

وأما إن لم يكن له بعد الكسر قيمة، فعليه أن يرده، ويرجع بالثمن؛ لأنه لا يستحق ثمن ما لا قيمة له؛ لأن بيعه لا يصح؛ ولأنه لا يصح أن يُقدَّر فيه الأرش؛ لأن الأرش مبني على القيمة، فإذا لم يكن قيمة، بطل البيع، ورجع بالثمن.

مسألة: في البائع يسلم المشتري غير ما اشتراه

قال: ولو أنه اشترى من رجل بذراً على أنه بذر البصل، فنبت كراثاً، فله على البائع ما بين القيمتين إن كان البائع لم يتعمد ذلك[2]، فإن كان تعمد، فهو أولى بما نبت، وعليه للمشتري ثمن البذر، وما غرم عليه في أرضه.

[وهو منصوص عليه في (المنتخب) [3]].

ووجهه: أن البائع أعطاه المبيع وله دون الصفة التي اشترط للمشتري، فهو بمنـــزلة أن يبيعه المعيب، فإذا استهلكه المشتري، ثم علم به، لزمه ما بين القيمتين؛ لأنه أرشه على ما بيناه فيما مضى؛ وعلى هذا يجب على مذهبه أنه لو اشترى طعاماً، فأكله، ثُمَّ وجد به عيباً، أنه يرجع بأرش العيب.

---

(١) في (أ): فيها.

(٢) في (ب): لم يعتمدوا إن كان.

(٣) انظر: المنتخب ٣٠٢.

وقال أبو حنيفة: لا يرجع بأرش العيب. وقال أبو يوسف، ومحمد: يرجع به، وهو الصحيح؛ لأنهم أجمعوا في من اشترى فاكهة فكسرها، ثُمَّ وجد بها عيباً، أنه يرجع بأرش العيب، وإن كان كسرُه فعلَه، فكذلك الأكل والزرع؛ لأن ذلك استهلاك حصل بفعل المشتري، فيجب ألا يمنعه ذلك من الرجوع بأرش العيب؛ وكذلك الذي يقتضيه مذهبه أنه لو كان عبداً فأعتقه، ثم وجد به عيباً، أنه يرجع بأرش العيب، وبه قال أبو حنيفة وأصحابه؛ لأنه عندهم فعل غير مضمون، وكذلك - على مذهبنا - القتلُ، وهم خالفوا فيه إلا رواية حكاها الطحاوي في (المختصر) عن أبي يوسف.

والأصل في جميع ذلك: أنه لم يُسلّم ما استحقه المشتري، وتعذر الرد، فوجب أن يكون له الرجوع بالأرش، كما قلنا في من وطئ جارية، ثم وجد بها عيباً، والوطء أيضاً مضمون عليه، ولم يبطلوا الرجوع بأرش العيب مع الوطء، فكيف يبطلون مع سائر ما ذكرنا؟

فأما إن تعمده البائع، فللمشتري الخيار في أن يسلمه إلى /٩٦/ البائع، ويرجع عليه بالثمن، وما غرم، لأن المشتري مغرور، والمغرور يرجع بما غرم بغروره على الغار على ما يجيء من بعد.

قال: وإن اشتراه على أنه بذر الكراث، فأنبت بصلاً، فعلى المشتري للبائع ما بين القيمتين، إن كان البائع لم يتعمد ذلك، فإن تعمد، فهو متبرع بالزيادة.

[وهو منصوص عليه في المنتخب][1].

وذلك أنه بمنـــزلة من زاد المشتري على ما استحقه بعقد البيع، والبائع[2] أولى بالزيادة إن علم قبل الاستهلاك، فكذلك زيادة الصفة؛ وليس يشبه هذا أن يبيعه عبداً على أن به داءً، فوجده صحيحاً؛ لأن البيع تناول عين العبد، ورضي المشتري به معيباً، فإذا لم يكن معيباً، لم يجب عليه شيء؛ وما قلناه محمول على أن البيع لم يقع على عين البذر، فيشبه أن يبيعه عشرة أقفزة فيعطيه على سبيل الغلط أحد عشر قفيزاً،

(١) انظر: المنتخب ٣٠٢.

(٢) في (أ): فالبائع.

أن الزيادة للبائع، فأما إذا تعمده، فهو متبرع؛ لأنه بمنـــزلة أن يكون زاد فوق ما استحقه متعمداً، كما روي أن النبي – صلى الله عليه وآله وسلم – اشترى سراويل ثم قال للوازن: «زن وارجح». فكان – عليه السلام – متبرعاً بالرجحان، فكذلك ما ذهبنا إليه.

مسألة: في الاختلاف على العيب

قال: وإذا ادعى المشتري عيباً في السلعة، فأنكره البائع، فعلى المشتري البينة، وعلى البائع اليمين.

[وهو منصوص عليه في (المنتخب)[1]].

والأصل في هذا: قول النبي – صلى الله عليه وآله وسلم –: «البينة على المدعي، واليمين على المدعَى عليه». وهاهنا المشتري هو المدعي؛ لأنه يدعي خلاف الظاهر، ويحاول إلزام البائع ما لا يلزمه في الظاهر، والبائع دافع لذلك، ومستند إلى الظاهر؛ لأن الظاهر في البياعات الصحة والسلامة حتَّى يثبت خلافه، وبما بيناه يفرق بين المدعي والمدعى عليه، وأيضاً المشتري يدعي انطواء البيع[2] على العيب، ونحن لا نعلمه، والبائع منكر، ولا بد من تصحيحه بالبينة؛ وعلى هذا لو أن أحد المتبائعين ادعى أنه له خيار الشرط، فعليه البينة، وعلى المنكر اليمين لما بينا؛ ألا ترى أنه إذا ادعى انطواء العقد على خيار لا يعرفه، فصاحبه منكر؟ وهذه الجملة لا أحفظ فيها خلافاً.

قال: وكذلك إن أقر البائع بالعيب، وادعى حدوثه عند المشتري[3] (فعليه البينة، وعلى المشتري اليمين.

[وهو منصوص عليه في (المنتخب)[4]]. وبه قال أبو حنيفة والشافعي.

---

(١) انظر: المنتخب ٢٠٦ ، ٢١٢.

(٢) في (أ): وقوع البيع.

(٣) في (أ): في يد المشتري.

(٤) انظر: المنتخب ٢١٢.

وهذا المراد به عيب يجوز حدوثه في يد المشتري)[١]، ويجوز أيضاً أن يكون كان وهو عند البائع قبل وقوع البيع؛ لأن العيوب ثلاثة: عيب عُلم أنه لا يحدث مثله في مثل المدة التي وقع فيها البيع، فهذا يلزم البائع لا محالة؛ وعيب يعلم أنه عيب حادث من قريب[٢]، ولا يجوز أن يكون كان عند البائع، فهذا يلزم المشتري لا محالة، وذلك كالجراحات الطرية، وما أشبه ذلك؛ والعيب الثالث: ما يجوز أن /٩٧/ يكون[٣] كان عند البائع، ويجوز أن يكون حدث عند المشتري، والمسألة مبنية على هذا الثالث، وهذا مما لا خلاف فيه أن البينة فيه على المشتري (واليمين على البائع، لما بيناه في المسألة التي تقدمت؛ لأن المشتري هو المدعي)[٤] لادعائه ما لا يُعلم صحته، وما هو خلاف الظاهر؛ لأنا نجد العيب في يده، وهو يدعي أنه كان في يد البائع، وأن العقد وقع مع حصوله، وكل ذلك خلاف الظاهر، والبائع منكر له، فوجب أن تكون اليمين على البائع، والبينة على المشتري.

قال: فإن أخذه البائع، ثم ادعى عيباً حدث عند المشتري، فالبينة على البائع، واليمين على المشتري.

[وهو منصوص عليه في المنتخب][٥].

ووجهه: ما مضى من أن الظاهر خلافه، وأن البائع يحاول إلزام المشتري ما لا يلزمه في الظاهر، فلزمته البينة، وكان القول فيه قول المشتري مع يمينه إذا لم يكن للبائع بينة.

---

(١) ما بين القوسين سقط من (أ).
(٢) في (أ): عن قرب.
(٣) في (أ): يكون عند.
(٤) ما بين القوسين سقط من (أ).
(٥) انظر: المنتخب ٢١٢.

باب القول في استحقاق المبيع

مسألة: في استحقاق المبيع على المشتري

إذا استُحق المبيع على المشتري، فرده على المستحق، لم يكن له أن يرجع بالثمن على بائعه، إلا أن يكون رده على المستحق بحكم الحاكم، أو[1] إذن البائع.

[وهو منصوص عليه في (الأحكام)[2]]. وهذا مما لا أحفظ فيه خلافاً.

ووجهه: أنه إذا رده على المدعي باختيار نفسه، أو بإقراره، لم ينفسخ البيع الذي كان بينه وبين البائع؛ لأن إقراره لا يلزم بائعه، ولأن استهلاكه ما اشترى باختيار[3] لا يعترض العقد الذي تقدم، فأما إذا رده بحكم الحاكم، فله الرجوع بالثمن على البائع؛ لأن الحاكم إذا حكم به للمدعي، فقد تضمن حكمه إبطال البيع الذي جرى بين من كان الشيء في يده وبين البائع، فإذا بطل ما بينهما من البيع، وأخذ الشيء من يد من كان في يده حُكماً، صار ما أعطى البائع من الثمن بمنـــزلة دين له على البائع، فصح أن يرجع عليه، وكذلك إذا أذن البائع للمشتري في رده، ورضي به المشتري، جرى ذلك مجرى إقرارهما جميعاً ببطلان البيع، وبأن المبيع قد استحقه المدعي، فإن رده، رجع عليه بالثمن للوجه الذي بيناه.

وروي عن علي - عليه السلام - أن إنساناً عرف ملكاً له في يد مشترٍ له، فصححه، فقضى - عليه السلام - بتسليمه إلى المدعي، وقال للمشتري: اتبع صاحبك بما أعطيته حيث وجدته.

---

(١) في (أ): وأذن.

(٢) انظر: الأحكام ٢/ ٧٠.

(٣) في (أ): بخيار.

مسألة: في شراء سلع في صفقة فيُستحق بعضها

قال: وإذا اشترى سلعاً في صفقة واحدة، فاستحق[١] بعضها، رجع على البائع بثمن المستحق، وصح البيع فيما سواه.

[وهو منصوص عليه في (المنتخب)[٢]].وبه قال أبو حنيفة وأصحابه؛ وأما الشافعي فقد اختلفت أقواله، وقد ذكرناها في مسألة بيع العبد مع الحر في صفقة واحدة.

ووجه ما ذهبنا /٩٨/ إليه: أن هذا البيع غير منطوٍ على الفساد؛ لأنه قد نفذ في نصيب البائع؛ لأنه باع ما ملكه، ولم يجب أن يفسد في نصيب من سواه؛ لأنه وقع موقوفاً على إجازته على مذهبنا في البيع الموقوف، فوجب أن يستقر البيع في نصيب البائع دون نصيب المستحق؛ دليله الشفعة في الضيعتين إذا اشتراهما المشتري وللشفيع حق في إحداهما، فإنه إذا طلبها، واستحقها، استقر البيع فيما لا حق فيه[٣]، فوجب أن يستحق الشفيع ما له حق الشفعة بشفعته، ووجب تفريق الصفقة، فكذلك ما ذهبنا إليه؛ وليس يلزم على ما قلناه من فساد البيع إن باع عبداً وحراً صفقة واحدة، وذكية وميتة؛ لأن البيع انطوى هناك على الفساد، إذ لا يصح بيع الحر والميتة بحالٍ، وكذلك لا يتأتى فيه تفريق الصفقة؛ لأن الثمن لا يمكن توزيعه عليهما؛ إذ لا يصح تقويم الحر والميتة، وليس كذلك في مسألتنا هذه؛ إذ يصح توزيع الثمن على قيمتهما، فوجب أن يكون ما ذكرناه صحيحاً.

مسألة: في استحقاق السلعة بعد استغلالها والإنفاق عليها

قال: ولو أن رجلاً اشترى عبداً صائغاً، فاستغله، ثم استحُق، حكم به لمستحقه، ولم يكن له أن يطالب المشتري بما استغله منه.

[وهو منصوص عليه في (الأحكام)[٤]].

---

(١) في (أ): واستحق.

(٢) انظر: المنتخب ٢١٨.

(٣) في (أ): لا حق فيه للشفيع وإن استحق الشفيع ماله حق الشفعة بشفعته وجب.

(٤) انظر: الأحكام ١٥٣/٢.

وذلك لقوله - صلى الله عليه وآله وسلم - (الخراج بالضمان)، والمشتري قد ضمن العبد، وضمن منافعه؛ لإيجابنا عليه لصاحبه كراء مثله، فوجب أن يكون الخراج له، وهو الغلة، ولأنه إذا ضمن منافعه، ولزمه كراء المثل، فلا وجه لأن يستحق عليه الغلة؛ لأن صاحبه لو استحقها، كان قد أخذ عوض منافعها مرتين، مرة كراء المثل، ومرة حين يأخذ الغلة، وذلك باطل، وذلك مبني على أن يحكم عليه بكراء المثل، وتكون الغلة له، وبه قال أبو حنيفة.

قال: ولو أنه اشتراه[1] مريضاً، فأنفق عليه حتى برئ[2]، ثم استحق، فإنه يقضى به للمستحق، و لم يرجع المشتري عليه بما أنفق على العبد.

[وهو منصوص عليه في (المنتخب) [3]].

وذلك أنه متبرع بما أنفق؛ لأنه لم ينفقه بإذن مولاه، ولا بإذن الحاكم، ولا بحكم ولاية له، فأشبه سائر ما يتبرع به في أنه لا يرجع على صاحب العبد.

مسألة: في استحقاق السلعة بعد استخدامها

قال: ولو أن رجلاً اشترى ثوباً، فقطعه قميصاً، ثم استحق، قضى به لمستحقه، و لم يرجع بنقصان الثوب إلا على من غصبه، إن كان المشتري لم يعلم أنه مغصوب.

[وهذا منصوص عليه في (المنتخب) [4]].

اعلم[5] أن المراد بهذا أن الضمان لا يتقرر آخراً إلا على الغاصب؛ (لأن المستحق يطالب المشتري بما نقص من ثوبه، لكنه إن طالبه به، كان له الرجوع على الغاصب البائع) [6]؛ لأنه مغرور، والمغرور يرجع بما يضمنه لغروره على الغار على ما نبينه بعد هذه المسألة /٩٩/ في هذا الباب.

---

(١) في (أ): ولو اشترى.
(٢) في (أ): يبرأ.
(٣) انظر: المنتخب ٢٢١.
(٤) انظر: المنتخب ٢١٩.
(٥) في (أ): واعلم.
(٦) ما بين القوسين سقط من (أ).

فأما المستحق، فله أن يطالب المشتري به؛ لأنه استهلك بعض ماله بالقطع، ومن استهلك مال غيره بغير إذنه، فإنه يضمنه، سواء استهلكه عالماً، أو جاهلاً، لا خلاف فيه؛ لأن الضمان لا يؤثر فيه العلم والجهل، وإنما يؤثر في المآثم.

مسألة: في من شرى المغصوب عالماً

قال: فإن كان المشتري علم أنه مغصوب، كان المستحِق مخيراً بين أخذ[١] قيمته صحيحاً، وبين أخذه مقطوعاً، ورجع المشتري على البائع بالثمن دون ما سواه.

[وهذا منصوص عليه في (المنتخب)[٢]].

ووجهه: أن المشتري إذا علم أنه مغصوب، كان هو أيضاً غاصباً، ولم يرجع على البائع إلا بالثمن؛ لأنه ليس فيه بمغرور[٣]، وإنما أقدم على ما أقدم مع العلم به؛ ووجه التخيير فيه ما نذكر في كتاب الغصوب، فإنه أخص بذلك الموضع.

قال: وكذلك القول فيمن اشترى شاة، فذبحها ثم استحقت، والوجه في جميع ذلك ما قد مضى؛ إذ لا فصل في هذه المسائل غير ما ذكرناه.

مسألة: في وجوب تسليم المستحَق

قال: وكل من استُحق شيء في يده، فعليه تسليمه إلى المستحق، سواء أمكنه الرجوع على البائع، أم لم يمكنه.

وهذا مما لا خلاف فيه، وعليه دل كلام أمير المؤمنين - عليه السلام -: اتبع صاحبك حيث وجدت. وأمره بتسليم ما استحق إلى المستحق، وأيضاً إذا استحقه المستحق، فإن يد من هو في يده تصير يد الغاصب، فليس له احتباسه بحق له على البائع؛ لأنه ليس برهن عليه، ولا في حكم الرهن، فيصح[٤] ذلك.

---

(١) في (أ): أن يأخذ.

(٢) انظر: المنتخب ٢١٩.

(٣) في (ب): مغروراً.

(٤) في (ب): فصح.

مسألة: في استحقاق الجارية بعد وطئها

قال: وإذا اشترى رجل جارية، فوطئها، فأولدها، ثم استحقت، فإنه يقضى بالجارية للمستحق، ويقضى[١] على المشتري بقيمة الأولاد، ويرجع المشتري بالثمن على البائع، وكذلك يرجع عليه بما لزمه من قيمة أولاده.

[وهذا منصوص عليه في (المنتخب)[٢]].

وقولنا إنه يُقْضَى بها للمستحق لا خلاف فيه؛ لأن المالك أولى بملكها، ولأن استيلادها ليس باستهلاك لها، فكان حكمها حكم سائر المغصوبات إذا استحقت، وكون الولد حراً فمما أجمع عليه الصحابة والفقهاء بعدهم؛ لأن الوطء كان عن شبهة، فلم يكن لاسترقاق الولد سبيل.

وما قلناه من أنه يقضى على المشتري بقيمة الأولاد مما أجمع عليه الصحابة؛ لأنهم أجمعوا أن المشتري يضمن الأولاد، وإنما اختلفوا في تفسير الضمان، وروي عن ابن[٣] عمر أنه قال: غلام كالغلام، أو جارية كالجارية، وذهب أمير المؤمنين - عليه السلام - إلى أن المضمون هو القيمة، والذي ذهب إليه قالت به العلماء، كأبي حنيفة، والشافعي، وغيرهما[٤]؛ ويبين صحته ما ثبت من أن النبي - صلى الله عليه وآله وسلم - حكم في عبد بين رجلين أعتقه أحدهما بنصف قيمته للشريك على المعتق إن كان مؤسراً، ولم يحكم بنصف عبد /١٠٠/ مثله، فصار ذلك أصلاً في أن ضمان العبد يكون بالقيمة دون المثل، ولا خلاف في العبد المغصوب إذا مات في يد الغاصب أن عليه قيمته دون مثله، وكذلك إن قتله خطأ، فبان أنه من ذوات القيم دون ذوات الأمثال، ولأن الدلالة دلت على أن السَلَم في العبد لا يجوز، فثبت أنه لا يجوز تثبيته في الذمة، فوضح بجميع ما قلناه[٥] أن الصحيح فيه قول علي - عليه السلام -.

---

(١) في (أ): يقضي له.
(٢) انظر: المنتخب ٢١٩.
(٣) في (أ): عن عمر.
(٤) سقط من (ب) وغيرهما.
(٥) في (أ): ما بيناه.

وأما[1] رجوع المشتري بالثمن على البائع، فمما لا خلاف فيه؛ لأن حكمهما حكم سائر ما استحق في أن المشتري يرجع بالثمن على البائع؛ لأن ما بينهما من البيع يبطل على ما بيناه في صدر[2] هذا الباب.

وأما رجوعه عليه بقيمة الأولاد، به قال أبو حنيفة وأصحابه، وحكي أنه أحد قولي أصحاب الشافعي، وأن الوجه الآخر أنه لا يرجع.

والذي يدل على صحة ما قلناه من أنه يرجع على البائع الغار بقيمة الأولاد التي ضمنها: ما أجمعنا عليه أن الشهود إذا شهدوا بعتق عبد، ثم رجعوا، أنهم يضمنون، وكذلك لا خلاف بيننا وبين أبي حنيفة والشافعي، أن من أعار غيره عرصة ليبني فيها مدة، ثم أمره برفعها قبل انقضاء المدة، في أنه يضمن للباني قيمة البناء، وكذلك لا خلاف في ضمان الدرك، فصار جميع ذلك أصلاً في أن كل من غَرَّ غيره فلحق[3] المغرور غرم لم يستوف المغرور عوض ما غرم، كان ضامناً للمغرور ما لحقه من الغرم، فلذلك قلنا إنه يرجع بما غرم من قيمة الأولاد على البائع؛ لأنه غره في المبيع حتَّى صار ما ليس بمال - وهم الأولاد - في حكم المال.

والذي يقتضي المذهب أنه يضمن للمستحق العقر، على ما نص عليه[4] في (الأحكام) [5] في الأمة إذا دلست نفسها، فتزوجت على أنها حرة؛ لأنه وطء الشبهة، ولا يرجع بالعقر على الغار؛ لأنه قد استوفى لنفسه عوض العقر، وهو الوطء، وهذا مما لا أحفظ فيه خلافاً؛ والذي ذهب إليه أبو حنيفة وأصحابه أن قيمة الولد قيمته (يوم الخصام، ويجب أن يكون ذلك مذهبنا؛ لاتفاقنا)[6] أجمعين على أن ولد المغصوب[7]

---

(١) في (أ): فأما.

(٢) في (ب): في هذا الباب.

(٣) في (أ): غيره في غرم لم يستوف.

(٤) في (ب): على.

(٥) انظر: الأحكام ١/٤١٥.

(٦) ما بين القوسين بياض في (أ).

(٧) في (أ): المغصوبة.

(لا يضمن إلا بعد أن يمتنع الغاصب من رده، فيوجب ذلك أن يكون)[1] الغاصب لا يصير ضامناً لقيمته حتى يطالَب؛ لأنه إذ ذاك يكون في حكم الممتنع، فإن مات الولد قبل، فيجب ألا يضمن المشتري قيمته؛ لأنه مات قبل توجه[2] الضمان عليه، كما نقوله في ولد المغصوب، وبه قال أبو حنيفة وأصحابه.

قال: ولو أنه حين اشتراها لم يطأها، لكنه زوجها من عبده، فأولدها العبد، قضي بها وبأولادها للمستحق.

[وهو منصوص عليه في (المنتخب)[3]].

وذلك أن الولد إذا كان من العبد، لم تجب له الحرية، وإذا لم تجب له الحرية، كان ملكاً لسيد /١٠١/ الأمة؛ ألا ترى أن حراً لو تزوج أمة عالماً بأنها أمة، فأولدها، كان الولد مملوكاً لسيد الأمة؛ لأن حريته لم تجب، فوجب أن يملكه سيدها.

قال: ولو أنه حين اشتراها علم أنها مغصوبة، فأولدها، قضي بها وبولدها للمستحق.

[وهو منصوص عليه في (المنتخب)[4]].

وذلك أنه إذا علم أنها مغصوبة، كان وطؤه لها زنىً، ولم يثبت منه نسب[5]، وكان الولد بمنـــزلة ولد جارية[6] استولدت من زنىً في أنه يكون مملوكاً لسيد الأمة، وهذا لا خلاف فيه.

مسألة: في انكشاف حرية العبد بعد شرائه

قال: ولو أنه اشترى عبداً، فوجده حراً، قُضِيَ له بالرجوع على البائع، ولم يكن له على الحر المبيع شيء. وذلك أن بيع الحر باطل، فعلى البائع رد ما أخذه من المشتري؛

---

(١) ما بين القوسين بياض في (أ).

(٢) في (أ): توجيه.

(٣) انظر: المنتخب ٢١٩.

(٤) انظر: المنتخب ٣٠٣.

(٥) في (أ): نسب الولد.

(٦) في (ب): بمنزلة جارية.

لأنه أخذه بالباطل، وقد قال الله تعالى: ﴿وَلاَ تَأْكُلُوا أَمْوَالَكُم بَيْنَكُم بِالْبَاطِلِ﴾(البقرة: ١٨٨)، ولم يجب على الحر المبيع شيء؛ لأن المال لم يدفع[1] إليه، ولا سبيل على رقبته؛ لأن الحر لا يُملَك، قال - صلى الله عليه وآله وسلم -: «لا ملك على حر».

قال: فإن كان الحر هو الذي باع نفسه، فإنه يضمن ما أخذه إن كان بالغاً، وذلك لأن البيع باطل، فهو ضامن لما أخذه من المشتري. قال: فإن لم يكن بالغاً، لم يضمن ما أخذه إن كان مستهلكاً، وذلك أن الذي ليس ببالغ ليس له قبض، ويكون صاحب المال بإعطائه المال يكون في حكم الراضي بتصرفه، والمبيح له إياه، فلهذا لم يضمنه، فأما إذا كان قائماً بعينه، فلا إشكال في وجوب رده.

قال: ويؤدب كل من فعل ذلك عالماً به.

ووجهه: أنه ارتكب أمراً محظوراً عظيماً، وكل من ارتكب مثل ذلك كان أمر تأديبه موكولاً إلى اجتهاد الإمام.

[وجميع هذه المسائل منصوص عليها في (الأحكام)[2]].

مسألة: في زيادة المبيع على ما اتفق عليه

قال القاسم - عليه السلام -: ولو أن رجلاً اشترى شيئاً - كيلاً، أو وزناً، أو عدداً - فاستوفاه على ما اشتراه، ثم وجده في منـــزله زائداً على ما ابتاعه، وجب عليه أن يرد الزيادة على صاحبه. وذلك أنه أخذ فوق ما استحقه بالشراء فيلزمه رده، وهذا إذا لم يكن تبرع به صاحبه، فإن كان صاحبه تبرع به، لم يلزمه رده، لتنصيصه فيما مضى على أن من اشترى شيئاً فاسترجحه، فأجابه البائع إلى ذلك، أنه جائز إذا لم يكن مشروطاً في العقد.

---

(١) في (أ): يدفعه.
(٢) انظر: الأحكام ٢/٦٦.

باب الصرف

مسألة: في صرف الذهب والفضة

لا يجوز أن يصرف الذهب بالذهب إلا مثلاً بمثل، يداً بيد، سواء تبره ودنانيره، وجيده ورديئه، ومصنوعه[١] ومكسوره، وكذا[٢] القول في صرف الفضة بالفضة، ولا بأس بصرف الذهب بالفضة مثلاً بمثل، ومتفاضلاً إذا كان ذلك يداً بيد، ولا /١٠٢/ يجوز نسأ. [وهذا منصوص عليه في (الأحكام) [٣]].

وهذه الجملة مما لا خلاف فيه بين العلماء، إلا ما روي فيه عن ابن عباس من قوله: «لا ربا إلا في النسيئة». وقد بينا فيما مضى (فساده، وما روي من رجوعه عن هذا القول.

والأصل في هذا ما ذكرناه فيما مضى) [٤] من الأخبار المتظاهرة الواردة بطرق مختلفة من قوله - صلى الله عليه وآله وسلم -: «الذهب بالذهب، مثلاً بمثل، يداً بيد». وفي بعض الأخبار (والفضل ربا) ، وفي بعضها (من زاد، أو ازداد، فقد أربى) ، وفي بعضها (هاء وهاء)، وفي بعضها (فإذا اختلف الجنسان، فبيعوا كيف[٥] شئتم، يداً بيد)، وما روى ابن عمر من قوله - صلى الله عليه وآله وسلم -: «لا تبيعوا الدرهم بالدرهمين، والدينار بالدينارين».

مسألة: في صرف الذهب بالفضة من غير تمامها

قال: ولو أن رجلاً كان معه دنانير، فأراد أن يصرفها بدراهم، ولم يُحضر تمام الدراهم، لم يجز الصرف إلا بمقدار ما يحضر، والزائد إما أن يسترده، أو يتركه عند صاحبه وديعة، أو قرضاً.

---

(١) في (أ): صحاحه.

(٢) في (أ): وهذا.

(٣) انظر: الأحكام ٧١/٢.

(٤) ما بين القوسين سقط من (أ).

(٥) في (أ): كيف شئتم وما.

[وهذا منصوص عليه في (الأحكام)[1]]. وهذا مما لا خلاف فيه.

ووجهه:[2] ما قدمناه من أن الصرف لا يجوز إلا يداً بيد، وأن النسأ لا يجوز فيه، وكشفناه من جهة الآثار والإجماع .

مسألة: في تفرق المتصارفين قبل القبض

قال: ولا يجوز للمتصارفين أن يفترقا إلا بعد أن يقبض كل واحد منهما من صاحبه ما وجب له عليه بصرفه.

[وهذا منصوص عليه في (الأحكام)[3]]. وهذا مما لا خلاف فيه.

والأصل فيه: ما روي عن رسول الله - صلى الله عليه وآله وسلم - أن ابن عمر سأله فقال:(يا رسول الله، إني أبيع الإبل بالذهب فآخذ الدراهم، وبالدراهم فآخذ الدنانير. فقال: لا بأس إذا لم تفترقا وبينكما شيء)[4].

وروي عن ابن عمر قال: كنت أبيع الذهب بالفضة والفضة بالذهب، فقال لي رسول الله صلى الله علي وآله وسلم: «إذا بايعت رجلاً فلا تفارقه وبينك وبينه شيء»[5].

وروي: «لا تشفوا بعضه على بعض، ولا تبيعوا غائباً منه بناجز»[6]. والأخبار في هذا كثيرة متظاهرة.

وقال في (الأحكام)[7] فيمن اشترى ديناراً بدراهم فلم يكن عنده تمام الدراهم،

---

(١) انظر: الأحكام ٢/٧١ - ٧٢.
(٢) في (أ): أن ما.
(٣) انظر: الأحكام ٢/٧٣.
(٤) أخرجه ابن حبان ١١/٢٨٧ والنسائي ٤/٣٤ والدارمي ٢/٣٣٦ والبيهقي ٥/٢٨٤.
(٥) أخرجه البيهقي ٥/٢٨٤.
(٦) أخرجه البخاري ٢/٧٦١، ومسلم ٣/١٢٠٨، وابن حبان ١١/٣٩١، وأبو عوانة ٣/٣٧٥، والنسائي ٤/٣٠ عن أبي سعيد.
(٧) انظر: الأحكام ٢/٧٣.

فاستقرض تمامها، فأوفاه جميع حقه قبل أن يفترقا، فالصرف تام صحيح؛ فدل ذلك على أن تمام الصرف لو لم يحصل عند العقد، جاز إذا حضر ووفى قبل التفرق، وبه قال أبو حنيفة وأصحابه.

ووجهه: أن النبي - صلى الله عليه وآله وسلم - قال: «لا بأس إذا لم تفترقا وبينكما شيء» حين سأله ابن عمر عن بيع ما في الذمة من الفضة بالدنانير والدنانير بالفضة؛ فثبت أن المراعى حصول التفرق مع استيفاء كل ذي حق حقه من الصرف؛ وقوله - صلى الله عليه وآله وسلم -(يداً بيد)، وقوله: «هاء وهاء». وهذا محمول على منع جواز الأجل في الصرف.

مسألة: في صرف الذهب والفضة مجازفة

قال: ولا يجوز بيع الذهب بالذهب جزافاً، وكذلك لا يجوز بيع الفضة بالفضة جزافاً، ولا أن يشتري بذهب موزون ذهباً[1]/١٠٣/ جزافاً، ولا أن يشتري بفضة موزونة فضةً جزافاً، ولا بأس ببيع الفضة بالذهب جزافاً، وكذلك لا بأس أن يكون أحدهما موزوناً، والآخر جزافاً.

[وهذا منصوص عليه في (الأحكام) [2]]. وهذا مما لا خلاف فيه.

ووجهه: ما ثبت من تحريم الذهب بالذهب إلا أن يكون مثلاً بمثل، وكذلك تحريم الفضة بالفضة إلا مثلاً بمثل، فإذا اشترى ذهباً جزافاً بذهب جزاف، لم يحصل العلم بتماثلهما؛ لجواز أن يكون أحدهما أكثر، والآخر أقل، وذلك يحرم نصاً وإجماعاً، وكذلك الفضة بالفضة، وهذا هو الوجه في منع الصرف إن كان أحد الذهبين جزافاً، والآخر موزناً.

فأما الذهب بالفضة، فإنه يجب أن يكون الصرف جائزاً، لا خلاف فيه، وقد قال - صلى الله عليه وآله وسلم - (فإذا اختلف الجنسان، فبيعوا كيف شئتم، يداً بيد)

---

(١) في (أ): وذهباً.

(٢) انظر: الأحكام ٧٢/٢.

وليس كونهما جزافين، أو كون أحدهما جزافاً، أكثر من حصول التفاضل، وذلك جائز مع اختلاف الجنسين.

مسألة: في صرف الذهب أو الفضة بترابهما

قال: ولا يجوز أن يشتري تراب معادن الذهب بالذهب، ولا تراب معادن الفضة بالفضة. [وهذا منصوص عليه في (الأحكام)] (١).

ووجهه: أنه لا يعلم المساواة والتماثل، فبطل البيع؛ لأن الذهب بالذهب لا يجوز إلا مثلاً بمثل، وكذلك الفضة بالفضة.

فإن قيل: هلاَّ أجزتم ذلك إذا كان (الذهب المشترَى به أكثر من الذهب الذي في التراب)(٢) على أن يكون الذهب بمثله من الذهب والفاضل ثمناً للتراب، كما قلتم ذلك في الزبد باللبن؟

قيل له: لأن التراب لا يقصد بالبيع، ولا قيمة له، فخالف حكمه ما أجزناه من الزبد باللبن؛ لأن اللبن بعد أخذ الزبد عنه له قيمة، وهو مقصود بالبيع والشراء.

مسألة: في صرف تراب الذهب بالفضة

قال: ولو أن رجلاً اشترى تراب معادن الذهب بالفضة، أو تراب معادن الفضة بالذهب كان هو والبائع بالخيار عند بيان ما يخرج، فمن شاء منهما، فسخ البيع، فإن أحبا، أمضياه.

[وهذا منصوص عليه في (الأحكام)(٣)].

ووجهه: أن البيع لم يستقر فيه؛ لاشتماله على الغرر؛ لأن كل واحد منهما لا يعلم المقصود بالبيع فيه على طريق الإجمال والتفصيل، فأشبه البيع الموقوف، والمعنى أنه بيع غير مستقر، فلذلك جعل الخيار فيه لكل واحد منهما؛ ولا يمتنع على هذا أن

---

(١) انظر: الأحكام ٢/ ٧٤.
(٢) ما بين القوسين سقط من (أ).
(٣) انظر: الأحكام ٢/٧٤.

يكون ذلك سبيل من باع عبداً آبقاً في أن لكل واحد من البائع والمشتري الخيار في فسخ البيع ما لم يظفر بالعبد، ويسلمه المشتري؛ بعلة أنه بيع غير مستقر، لاشتماله على الغرر في باب التسليم.

فإن قيل: هلا أبطلتم البيع فيه لاشتماله على الغرر؟

قيل له: ليس[1] بغرر في الحقيقة؛ لأن الغرر في الآبق إنما هو في التسليم دون العبد، والغرر في تراب المعادن إنما هو في مقدار ما فيها من ذهب أو فضة، فلم يكن غرراً تاماً، كما يكون بيع الثمرة سنين، وبيع ما في بطون الأنعام /١٠٤/، وضروعها، وبيع ما ينتظر خروجه من الزرع، على أن المسلمين قد أجازوا بيع تراب المعادن، فلم يكن إلى إبطاله سبيل، فجعلنا لهما الخيار، كما أن السنة لما وردت بإجازة البيع الموقوف، لم يكن إلى إبطاله سبيل، فجعلنا لهما الخيار فيه.

وإذا اختلط تراب معادن الذهب بتراب معادن الفضة، لم يجز شراؤه بالذهب ولا بالفضة، وهذا محمول على أنه لا يجوز إذا لم يعلم أن المشترى به من الذهب والفضة أكثر مما في التراب من جنسه، فإن علم ذلك، وجب أن يكون صحيحاً - كما بيناه في مسالة شراء اللبن بالزبد - على أن يكون الفاضل مما يقابل جنسه ثمناً للجنس الآخر.

مسألة: في إدخال الفضة في صرف الذهب بالذهب

قال: ومن أراد أن يصرف ذهباً بذهب، لم يجزه أن يدخل بينهما فضة دون قيمتهما، فلا بد من أن يصرف الذهب بالفضة صرفاً صحيحاً يرضيان التفرق عليه، ويقبض الدراهم، ثم يصرف الدراهم بالذهب صرفاً ثانياً إذا رأيا[2] ذلك، وكذلك القول فيمن أراد أن يصرف فضة بفضة.

---

(١) في (أ): لأنه ليس.

(٢) في (أ): إن أراد.

[وهذا منصوص عليه في (الأحكام)(١)].

والوجه في هذا قول الله تعالى: ﴿وَلا تَأْكُلُوا أَمْوَالَكُم بَيْنَكُم بِالبَاطِلِ إِلاَّ أَن تَكُونَ تِجَارَةً عَن تَرَاضٍ مِّنكُم﴾(النساء: ٢٩)، ولم تجر بينهما تجارة عن تراض، فيجب أن يكون ما بينهما باطلاً؛ لأنه من المعلوم أن(٢) من قال: بعتك مائة دينار بنصف دانق من فضة، أنه لا يرضى بذلك، وإنما قصد به للربا الداخل في ذلك الفضة على طريق الاستحلال، فإذا بطل ذلك، صح أن ذلك ربا؛ لأنه في الحقيقة مائة بمائة وعشرة.

وأيضاً روى محمد بن منصور بإسناده، يرفعه إلى محمد بن سيرين، عن ابن عباس قال: إياك أن تشتري دراهم بدراهم بينهما جريرة، قال محمد: يعني الذي يستحل بها(٣). ولم يرو خلافه عن غيره من الصحابة، فجرى مجرى الإجماع منهم، على أنه يحتمل أن يكون مراده - عليه السلام - الكراهة(٤) دون إبطال البيع، ووجه الكراهة: أنه يوهم الربا كما في غيره من المسائل، منها بيع المكيل بالثمن، ثُمَّ يشترى بثمنه(٥) مكيل من جنسه أكثر منه بذلك الثمن قبل القبض للثمن، ونحو ذلك، ويحتمل أن يقال: إن المراد إذا كان(٦) فضة يسيرة دون مقدار الشعيرة حتَّى يكون مما لا يقصد بالبيع والشراء، ولا يمكن تقويمه، ولا تقويم شيء به، وإذا كان المراد أحد الوجهين الآخرين فيقال: إن ذلك تجارة عن تراض؛ لأن الرضا المعتبر في البياعات هو ما يظهر منه، دون ما يكون في الضمائر، وظاهر الرضا قد حصل به؛ ويحمل قول ابن عباس على جريرة(٧) لا يكون له قيمة، كأن يكون أقل من أصبع، أو نحوه؛ ويؤكد ذلك ما روي عن النبي - صلى الله عليه وآله وسلم - أنه /١٠٥/ قال: لما قيل: إنا نبيع الصاع من التمر الجيد بالصاعين، والصاعين بالثلاثة، نهى عن ذلك، وقال: «لا

---

(١) انظر: الأحكام ٧٢/٢.
(٢) في (أ): أنه.
(٣) الأمالي كتاب البيوع باب أحاديث مختلطة في البيوع.
(٤) في (أ): به الكراهة.
(٥) في (أ): شرى مكيلاً.
(٦) في (أ): إذا كانت.
(٧) في (أ): جرير.

تفعلوا، ولكن بيعوا هذا، واشتروا هذا بثمنه». ولم يشترط أن يكون الثمن قيمة، فاقتضى جواز البيع بأقل[١] أو أكثر من الثمن.

فإن سأل سائل عن هذا الوجه الأول فقال: إذا كان البيع لا يصح إلا على التراضي الذي يرضيان التفرق عليه، فكيف أجزتم بيع الزبد باللبن الذي فيه الزبد[٢] إذا كان الزبد الخارج أكثر من الزبد الذي في اللبن، وأجزتم بيع السيف المحلى بالذهب بذهب أكثر منه ، ومن الجائز أن يكون الزبد فوق قيمة اللبن، أو السيف، بحيث لا يرضيان التفرق عليه؟

(قيل له: الفرق بينهما أن هذا عقد واحد، والرضا بالتفرق عليه قد حصل، وليس كذلك ما اختلفنا فيه؛ لأنهما عقدان، والأول مما لا يرضيان التفرق عليه)[٣] فوجب أن يبطل، وإذا بطل الأول، بطل الثاني؛ لأن صحته مبنية على صحة الأول.

وأما منعه من التصرف في ثمن الذهب من الفضة، وثمن الفضة من الذهب قبل القبض، فذلك مما لا خلاف فيه، ويدل عليه قول النبي - صلى الله عليه وآله وسلم - لابن عمر: «لا بأس إذا لم تفترقا وبينكما لبس»[٤]. وفي بعض الأخبار: «وبينكما شيء». فيكون الصرف[٥] غير واقع حتَّى يقع القبض، وإذا لم يكن وقع، لم يَجز الصرف[٦] فيه؛ لأنه في حكم ما لم يملك، والمسألة وفاق، وأظنه منصوصاً عليه في (المنتخب)[٧].

مسألة: في السلف على صرف معين ثمَّ يتغير

قال: ولو أن رجلاً استسلف من رجل دراهم والصرف على عشرين درهماً بدينار،

---

(١) في (أ): بما قل أو كثر.
(٢) سقط من (ب) الذي فيه الزبد.
(٣) ما بين القوسين سقط من (أ).
(٤) أخرجه النسائي ٤/٣٣، والبيهقي ٥/٢٨٤، وابن أبي شيبة ٤٩٩، والطبراني في الأوسط ٤/٢٦١.
(٥) في (أ): التصرف.
(٦) في (أ): التصرف.
(٧) انظر: المنتخب ٢٠٩ - ٢١٠.

ثم تزايد الصرف، أو تناقص، أو كان على حاله، لم يكن للمسلف عند المستسلف إلا دراهم مثل دراهمه.

[وهذا منصوص عليه في (المنتخب)[١]].

وهذا مما لا خلاف فيه؛ لأن ما أخذه أخذه قرضاً، ولا يلزمه إلا مثله، على أنه لو أخذه أيضاً على أنه قد باعه بها دنانير، كان الصرف باطلاً، ويعود الأمر فيه إلى أن المأخوذ بمنـــزلة القرض، فيكون الجواب ما ذكرنا.

مسألة: في انكشاف الرديء في الصرف والشرط على جيد

قال: ولو اشترى رجل من رجل دراهم على أنها جيدة، فوجد فيها رديئاً، لم يجب له على البائع إلا إبدال ما كان فيها من الرديء بالجيد، و لم يكن لواحد منهما أن يطالب صاحبه بنقض الصرف من أصله، وكذلك القول لو كان بدل الدراهم دنانير.

[وهذا منصوص عليه في (المنتخب)[٢]].

وروي عن أبي حنيفة أن الصرف ينتقض إذا كان البدل النصف، ولا ينتقض[٣] إذا كان أقل من النصف، وروى أنه ينتقض[٤] بالثلث، ولا ينتقض[٥] في أقل منه؛ قال أبو بكر: أصح الروايات أنه ينتقض في النصف، ولا ينتقض في أقل منه؛ وقول أبي يوسف ومحمد مثل قولنا إن الصرف لا ينتقض في قليل البدل، أو كثيره؛ وحكي عن الشافعي أنه إذا كان باعه بدراهم بعينها، فوجد فيها رديئاً، فله الخيار إن شاء رد ما أخذ، وفسخ العقد، وإن شاء رضي به ناقصاً، ولا سبيل إلى استبدال، وهو على قوله: إن الدراهم والدنانير يتعينان بالعقد؛ وخرَّج أصحابه /١٠٦/ على أقاويل إن كان باع بدراهم غير معينة، وفي بعضها قالوا: إنه كالبيع بالدراهم المعينة، وفي بعضها قالوا:

---

(١) انظر: المنتخب ٢٠٧ - ٢٠٨.

(٢) انظر: المنتخب ٢٠٨.

(٣) في (أ): ينقض.

(٤) في (أ): ينقض

(٥) في (أ): ينقض.

يستبدل قبل التفريق، وفي بعضها قالوا مثل قولنا، ثم خرَّجوا على ذلك أقاويل متفاوتة؛ ووجدنا ما ذهبنا إليه أن الصرف كان قد تم منهما؛ إذ تفرقا وليس بينهما شيء كما ورد به الأثر.

والدليل على ذلك أنه لا خلاف في أن المشتري الدراهم لو رضي بالمعيب[١] كان له ذلك، و لم يجب أن ينقض الصرف، وإذا صح أن ذلك الصرف قد تم، فمتى رد[٢] المعيب، كان ذلك ديناً يصير في ذمته، ويجري مجرى صرف ثانٍ؛ وإذا أخذ البدل قبل التفرق، جاز.

وإنما قلنا: إنه يجري مجرى صرف ثانٍ، و لم نجعله على التحقيق صرفاً ثانياً، لأنه لا خلاف أنه ليس له أن يرد المعيب، ويترك أخذ البدل في المحلين؛ ولا خلاف بيننا وبين أبي حنيفة في أقل من النصف، أو الثلث، أنه يستبدل، ولا ينقض[٣] الصرف، فكذلك إذا زاد على النصف، والعلة أنه استبدال الرديء من الدراهم في الصرف، فيجب ألاَّ ينتقض الصرف؛ وحكي[٤] عنه أن القياس ألا ينتقض الصرف في القليل والكثير، لكنه استحسن في القليل ألا ينتقض لجواز الرديء بالجيد من العين والورق مثلاً بمثل، وهذا غير مسلَّم؛ لأن القياس على ما بيناه ألا ينتقض الصرف، فوجب أن يستوي فيه القليل والكثير، وأيضاً هذا القول يدل على أن يحيى بن الحسين - عليه السلام - يرى[٥] أن الدراهم والدنانير لا تتعين بالعقد؛ لأنها لو تعينت، لجرت مجرى السلع المبيعة في أنها إذا[٦] وجد فيها عيب، لم تستبدل، فإذا صح ذلك، فإن الصرف لم يتعلق بدراهم بأعيانها، فيجب أن يجوز استبدالها، كما يجوز استبدال السلم إذا وجد فيه عيب، وليس لهم أن يقولوا إن الصرف ينتقض؛ لأن الصرف قد تم على ما بيناه، فردُّه لا

---

(١) في (ب): بالعيب.
(٢) في (أ): قد رد.
(٣) في (أ): ينتقض.
(٤) في (أ): فيجب ألاَّ ينتقض الصرف، ولا معنى لقولهم أن القياس ألاَّ ينتقض الصرف في القليل والكثير، وما أثبتناه نبه عليه في هامش (ب) على أنها نسخة.
(٥) في (أ): يروى.
(٦) في (أ): إن.

يوجب فيه النقض، وأيضاً هما لم يفترقا إلا عن قبض، ولم يقصدا فيه إلى أن يكون قبض بعد افتراق، وما يطرأ على العقد بعد الانبرام يخالف ما تنطوي العقود عليه؛ ألا ترى أن المشتري يرد السلعة بالعيب ولو بعد حين، ويثبت خياره فيه، ولو انطوى البيع على خيار مجهول، فسد البيع؟ فكذلك حال الصرف؛ وكذلك إذا رجع بأرش العيب على البائع، يكون ذلك حطاً من الثمن، ويصير الثمن ما بقي، ولو باعه بكذا إلا ما ينقص منه من أرش العيب، فسد البيع، وكذلك لو قصدا في الصرف ألا يتم القبض قبل الافتراق، بطل الصرف[١]؛ ونكتة الباب أن الصرف الأول قد تم لما بينا، وأن الذي يعرض بعده لا يؤثر فيه.

مسألة: في اشتراط رد الرديء من المصروف

قال: وإذا اشترى دراهم بدنانير على أن يرد على البائع ما وجد في الدراهم من الرديء، كان ذلك /١٠٧/ جائزاً إذا نقد كل واحد منهما صاحبه ما صارفه عليه.

[وهذا منصوص عليه في (الأحكام)[٢]].

وهذا إذا أخذ الدراهم على أنها جيدة.

ووجهه: أن ما أوجبه الصرف لو اشترط رده ، فيجب أن ينتقض الصرف بمقداره؛ لأنه لم يأخذ في الظاهر ما أوجبه الصرف؛ فكأنهما افترقا من غير تقابض تمام الصرف، وقد نبه على ما قلناه وفسره قوله: إذا نقد كل واحد منهما[٣] صاحبه ما صارفه عليه.

ووجه المسألة الأولى: أنهما تقابضا في الظاهر ما أوجبه الصرف الذي جرى بينهما، بدلالة أن آخذ الدراهم لو رضي بالرديء الذي يجده، جاز ذلك بالإجماع، وكان الصرف تاماً، وكان عقد الصرف أوجب أن يبدل[٤] كل واحد منهما ما وجد

---

(١) في (أ): بطل ونكتة.
(٢) انظر: الأحكام ٢/ ٧٤.
(٣) في (أ): منهما ما.
(٤) في (ب): يبدله.

فيما أخذه من الرديء على ما بيناه فيما تقدم، فإذا اشترطا ما اقتضاه العقد، لم يضره ذلك؛ (لأن ذلك من موجَب عقد الصرف، فكذا من اشترط لمشتري السلعة ضمان الدرك، لم يضر ذلك)[١]؛ لأنه اشترط ما أوجبه عقد البيع، فكذلك اشتراط استبدال ما يجد فيها من الرديء لا يضر إذا كان على الوجه الذي فسرناه؛ لأن ذلك مما أوجبه عقد الصرف، فأما إن أخذ الرديء على أنه رديء وهو غير راض في الظاهر، فذلك يوجب انتقاض الصرف بمقداره على ما بيناه.

مسألة: في صرف الدين بغير جنسه

قال: وإذا كان لرجل على رجل دراهم، جاز له أن يأخذ منه بصرفها دنانير، ولو كان له عليه دنانير، جاز له أن يأخذ عنها بصرفها دراهم، وهذا إذا لم يكن الذي في الذمة من ثمن الصرف، كأن يكون الرجل اشترى من آخر دراهم بدنانير، فإنه لا يجوز أن يأخذ منه بدل الدراهم التي[٢] في ذمته دنانير، وكذلك لا يجوز أن يأخذ بدل الدنانير التي في ذمة الآخر دراهم.

[وهذا منصوص عليه في (المنتخب)[٣]].

وهذا مما لا خلاف فيه؛ لأن الصرف الأول لم يتم؛ لأن تمامه أن يقع التقابض في المجلس حتى أنهما لو تفرقا قبل القبض، بطل الصرف الذي كان بينهما؛ لقوله - صلى الله عليه وآله وسلم - لابن عمر حين سأله عن بيع الدراهم بالدنانير فقال: «لا بأس، إذا لم تفترقا وبينكما لبس». وجملة الأمر أنه لا خلاف في جواز الصرف فيما في الذمم قبل القبض إلا في شيئين:

أحدهما: ما كان من ذلك من ثمن الصرف للوجه الذي بيناه.

والثاني: ما كان منه في ذمة المسلم إليه عن السلم، فإنه لا يجوز التصرف فيه قبل

---

(١) ما بين القوسين سقط من (أ).

(٢) في (أ): الذي.

(٣) انظر: المنتخب ٢١١.

القبض لما نبينه بعد هذا في باب السلم؛ فأما إذا باع رجل رجلاً عبداً بألف درهم، أو بخمسين ديناراً، فإنه يجوز أن يأخذ منه بدل الدراهم دنانير، وبدل الدنانير دراهم، لا خلاف فيه؛ لما روي عن ابن عمر أنه قال لرسول الله – صلى الله عليه وآله وسلم – إنا نبيع الإبل بالدراهم فنأخذ الدنانير، وبالدنانير[1] فنأخذ الدراهم، فقال: «لا /١٠٨/ بأس، إذا لم تفترقا وبينكما لبس».

قال: ولو أن لكل واحد منهما على صاحبه دراهم ودنانير، جاز لهما أن يصرفا ما في الذمم من الدراهم بالدنانير، والدنانير بالدراهم، إذا وفى كل واحد منهما صاحبه ما وجب له عليه قبل افتراقهما.

ووجهه: ما قد مضى، وذلك إذا لم يكن ما في ذمتهما من ثمن الصرف على ما بيناه.

فإن قيل: فهلا منعتم من ذلك لأنه بيع الدين بالدين، وقد نهى النبي – صلى الله عليه وآله وسلم – عن الكالي بالكالي.

قيل له: ليس هذا من الدين بالدين، وذلك أنهما في الذمتين في حكم المقبوض من كل واحد منهما؛ ألا ترى أن كل واحد منهما لا يحتاج إلى تجديد قبض بتمام[2] هذا الصرف؟ فقد بان أنه بيع المقبوض بالمقبوض، إما تحقيقاً، وإما حكماً، وليس هو بيع الدين بالدين، وإنما الكالي هو أن يبيع الرجل من رجل شيئاً نسيئة، ثم يسلم ذلك الثمن الذي في ذمته في شيء آخر، فيكون قد باع ديناً بدين، ولا يجوز ذلك؛ لأنه من الكالي بالكالي، ونظائره كثيرة[3].

مسألة: في صرف الذهب ذهباً وفضة

قال: ولو أن رجلاً دفع إلى رجل ديناراً، فاشترى منه ببعضه ذهباً مثله، وبعضه[4] دراهم بقيمته، كان ذلك جائزاً.

---

(١) في (أ): أو بالدنانير.
(٢) في (أ): لتمام.
(٣) سقط من (أ) ونظائره كثيره.
(٤) في (أ): وبعضه دراهم كان.

[وهذا منصوص عليه في (المنتخب)[١]].

وهو صحيح؛ لأنه باع ذهباً بذهب مثلاً بمثل، وذلك جائز لقوله - صلى الله عليه وآله وسلم -: «الذهب بالذهب مثلاً بمثلٍ يداً بيد». وباع بالبعض منه دراهم، وقد قال - عليه السلام -: «إذا اختلف الجنسان، فبيعوا كيف شئتم، يداً بيد». وهذه الجملة لا خلاف فيها؛ ومن شرط صحة ذلك أن يقع التقابض في المجلس قبل التفرق على ما بيناه فيما تقدم.

مسألة: في الصرف بالمخلوط

قال: ولو أن رجلاً اشترى من رجل دراهم بدنانير[٢]، فأعطاه فيها مكحلة، انتقص من الصرف بمقدار ما في الدراهم من الكحل، إلا أن يبدله بدراهم جيدة قبل التفرق، فإن نقص المشتري عن[٣] الدراهم المكحلة كحلها، لم يجب لصاحب الدراهم عليه شيء للكحل[٤] الذي نقص عنها إلا أن يكون له قيمة، فإنها[٥] تلزم المشتري.

[وهذا منصوص عليه في (الأحكام)[٦]].

وذلك أن المكحل هو فضة مع كحل متميز عنه، فجرى مجرى أن يشتري خاتماً على أنه فضة بذهب فيجد في حشوه قيراً، في أن الصرف ينتقص بمقدار القير؛ لأنه لم يعطه ما استحق بصرفه.

فإن قيل: ألستم تجوزون بيع[٧] الدراهم الرديئة بالجيدة؟ والرديء إنما يكون رديئاً بما يخالط النقرة من الغش.

---

(١) انظر: المنتخب ٢١٠.
(٢) في (ب): بدينار. وظنن على ما أثبتناه.
(٣) في (أ): على.
(٤) في (أ): من الكحل.
(٥) في (أ): وأنه.
(٦) انظر: الأحكام ٢/٧٣ - ٧٤.
(٧) في (أ): بيع الرديء من الدراهم بالجيد.

قيل له: ما يخالطها ليس سبيله سبيل ما يتميز عنه، ويجري مجرى الحشو له، فلهذا فصلنا بينهما.

وقلنا: ما ينقصه من الكحل، إن كان لا قيمة له، لم يضمنه، وإن كان له قيمة، ضمنه البائع؛ لأن التضمين في الأموال إنما يصح على التقويم، وما لا يصح تقويمه لا يصح تضمينه، (وذلك مثل إنسان يكسر لآخر رأس قلم، أو يتناول من دواته مدة، في أنه لا يصح تضمينه)[١]، لأن ذلك مما لا /١٠٩/ يصح تقويمه؛ فأما إذا كان للكحل قيمة، فيجب أن يضمنه، ولهذا قال يحيى بن الحسين - عليه السلام - فيمن اشترى بيضاً فكسره، فوجده عفناً لا قيمة له، بأنه يرجع بجميع الثمن على البائع.

مسألة: في شراء السيف المحلى بالفضة أو الذهب

قال: ولا يجوز للرجل أن يشتري سيفاً عليه حلية بدراهم إلا أن يفصل بين السيف وبين ما عليه من الفضة، فيشتري الفضة بوزنها من الفضة، والسيف بقيمته إلى آخر المسألة. [وهذا منصوص عليه في (الأحكام)[٢]].

اعلم أن المراد بقوله: والسيف بقيمته، السيف بثمنه؛ لأن الشيء يجوز أن يُشتَرى بدون قيمته، وفوق قيمته، يداً بيد، إذا تراضى به البيعان، وهذه المسألة مبنية على وجهين: إما أن تكون الدراهم التي يشتري بها مثل الفضة التي على السيف، أو المصحف، أو دونها، وإما ألا[٣] يعلم أن الدراهم أكثر من تلك الفضة، ومتى كان كذلك، لم يجز البيع بالإجماع؛ لأن الفضة تكون بمثلها من الدراهم، والباقي[٤] من الفضة إن كانت زائدة مع السيف تبقى ولا عوض في مقابلتها؛ وكذلك إذا لم تعلم الحال في ذلك، فأما إذا[٥] علم أن الدراهم التي يشتري بها أكثر من الفضة، فيجب أن يصح البيع على مذهبه على أن تكون الفضة بمثلها من الدراهم، والباقي من الدراهم

---

(١) ما بين القوسين ساقط من (أ) ، (ب).

(٢) انظر: الأحكام ٢/٧٣.

(٣) في (أ): أو لا يعلم.

(٤) في (أ): والثاني.

(٥) في (أ): إن.

ثمناً للسيف، كما نص عليه في مسألة شراء اللبن المخيض بالزبد في أن[1] الشراء جائز إذا كان الزبد المشترى به أكثر من الزبد الذي في اللبن، (فيكون الزبد الذي في اللبن)[2] بمثله، والفاضل من الزبد يكون ثمناً للّبن، وهذا قد مضى الكلام فيه مستوفى، فلا غرض في إعادته، والكلام في مسألة السيف المحلى كالكلام في تلك المسألة.

قال: فإن اشترى المحلى بالفضة بالدنانير، أو المحلى بالذهب بالدراهم، صح ذلك، ولكن يجب أن يكون ذلك يداً بيد؛ لأن بيع الذهب والفضة يجوز بيع[3] بعضه ببعض متفاضلاً، يداً بيد، لا خلاف فيه.

مسألة: في الصرف عدداً أو وزناً

قال: وإذا اشترى رجل من رجل دراهم، لم يجز أن يستوفيها عدداً، إلا أن يكون ابتاعها عدداً، فإن كان ابتاعها وزناً، لم يجز إلا أن يستوفيها وزناً، وذلك أن الموزون لا يصح قبضه إلا بالوزن إذا اشترى وزناً، كالمكيل إذا اشتري كيلاً، فإن[4] كان اشتري جزافاً، أو عدداً، فلا بأس باستيفائه كما ابتاع.

[وهذا منصوص عليه في (المنتخب)[5]].

وذلك لقوله - صلى الله عليه وآله وسلم -: «من اشترى طعاماً كيلاً، فلا يبعه حتى يجري فيه الصاعان: صاع البائع، وصاع المشتري». هذا إذا كانت الدراهم مشتراة بغير الدراهم، فإن كانت اشتريت بالدراهم، فلا يجوز أن يشتري إلا وزناً بوزن، مثلاً بمثل، ولا بد من أن يجري فيه الوزن؛ لأنه لا يجوز بيع الذهب بالذهب، والفضة /١١٠/ بالفضة إلا وزناً بوزن، ولا يجوز جزافاً.

---

(١) في (ب): المخيض بالزبد وإن الشراء.

(٢) ما بين القوسين ساقط من (أ).

(٣) في (أ): يجوز بعضه.

(٤) في (أ): فإن اشترى.

(٥) انظر: المنتخب ٢٠٩.

مسألة: في رد القرض وزيادة

قال: وإذا استقرض رجل من رجل[١] دراهم، فرد عليه أكثر من ذلك، جاز ذلك لهما، إلا أن يكونا اشترطا الزيادة، فإن كانا اشترطاها، حرمت.

[وهذا منصوص عليه في (الأحكام)[٢]].

وذلك أن الزائد إحسان من المعطي، وليس يكون ربا، ولهذا قال النبي - صلى الله عليه وآله وسلم - للوزان (زن وارجح)؛ لأن الرجحان كان إحساناً، وأما إن اشترط ذلك، فهو ربا، لا خلاف فيه، ويجب أن يكون محرماً لقول الله - عز وجل -: ﴿وَحَرَّمَ الرِّبَا﴾(البقرة ٢٧٥)، ولقوله - صلى الله عليه وآله وسلم -: «الذهب بالذهب مثلاً بمثل، يداً بيد، والفضة بالفضة مثلاً بمثل، يداً بيد، فمن زاد، أو ازداد، فقد أربى».

فإن قيل: فهلاً قلتم إنه إذا زاد من غير اشتراط الزيادة يكون قد أربى؟

قيل له[٣]: لا يكون قد أربى بعقد الربا، ولا ما يقوم مقامه، كأن يكون بينهما في ذلك إشارة تقوم مقام القول.

مسألة: في صرف مسكة بأقل منها

قال: ولو أن رجلاً باع من رجل مسكة من ذهب فيها ستة مثاقيل بخمسة دنانير، كان البيع فاسداً، فإن كان الذي أخذ الدنانير تصدق بها، أو ابتاع بها شيئاً، لم يلزم استرجاعها بأعيانها، فأما أن يرد على البائع خمسة مثلها ويسترجع مسكته، أو يأخذ منه ديناراً[٤] آخر. [وهذا منصوص عليه في (الأحكام)[٥] و (المنتخب)[٦]].

---

(١) سقط من (أ) من رجل.
(٢) انظر: الأحكام ٢/١٠٣.
(٣) سقط من (أ) قيل له.
(٤) في (أ): دنانيراً أخر.
(٥) انظر: الأحكام ٢/١٨٢.
(٦) انظر: المنتخب ١٧٨.

أما فساد هذا البيع، فلا خلاف فيه؛ لقول رسول الله – صلى الله عليه وآله وسلم-: «الذهب بالذهب مثلاً بمثل، يداً بيد، والفضل ربا». فلا خلاف في أن ذلك ربا، فوجب فساد ذلك العقد.

فأما قوله: لا يجب استرجاع الدنانير الخمسة، فعلى أصله (أن البيع الفاسد إذا ضامه القبض، وقع التمليك به، وهذا قد مضى شرحه)[١] في أول كتاب البيع، فلا غرض في إعادته، وإذا وقع التمليك، جاز تصرفه فيه، وعليه رد مثله إذا أرادا نقض الصرف، وإن أرادا أن يبتدئاه، استأنفا صرفاً ثانياً، وأخذ صاحب المسكة ديناراً آخر؛ ليكون باع المسكة بمثلها، فيصح الصرف.

مسألة: في إنفاق الزائف

قال: القاسم – عليه السلام –: لا يجوز إنفاق الزائف إلا أن[٢] يكون الآخذ له يعلم ذلك. ووجهه: أن ذلك خيانة وغش، وروي أن النبي – صلى الله عليه وآله وسلم – قال: «من غشنا، فليس منا».

وأجاز إذا علم الأخذ؛ لأنه يجري مجرى شراء المعيب إذا علم المشتري بالعيب، ورضي به، وهذا مما لا خلاف فيه، فكذلك خال الزائف إذا علمه الآخذ، ورضي به.

فصل: في صرف الصحيح بالمكسور

كان الأولى أن يُذْكَر[٣] في أول الباب اختلف العلماء في بيع الدينارين الصحيحين بدينار صحيح، ودينار مكسور، وفي بيع دينارين نيسابوريين بدينار عتق ودينار طري، فأجاز ذلك أبو /١١١/ حنيفة، ولم يجزه الشافعي، ولا نص فيه ليحيى – عليه السلام – إلا أن تسويته بين الصحيح والمكسور، والجيد والرديء، فيما رواه عن جده

---

(١) سقط من (أ) ما بين القوسين.

(٢) في (أ): إذا كان.

(٣) في (أ): نذكره.

القاسم[1]، وإطلاقهما القول في ذلك يدل على صحة ما ذكرناه، كما ذهب إليه أبو حنيفة.

والدليل على ذلك: قول النبي - صلى الله عليه وآله وسلم -: «الذهب بالذهب مثلاً بمثل، يداً بيد». والألف واللام دخلا للجنس، فأجاز النبي - صلى الله عليه وآله وسلم - بيع الذهب بالذهب مثلاً بمثل، وزناً بوزن، على أي حال كانا، فاقتضى العموم جواز ما وقع الخلاف فيه إذا تساويا في الوزن، وأيضاً لا يخلو أن يكون الاعتبار في جواز بيع الذهب بالذهب، والفضة بالفضة، بالمماثلة في الوزن فقط، أو بالقيمة على الانفراد، أو مع الوزن، ولا خلاف أنه لا معتبر بالقيمة على وجه من الوجوه؛ للإجماع على جواز بيع دينار قيمته عشرون درهماً[2] بدينار قيمته عشرة دراهم، فلم يَبق إلا أن يكون الاعتبار بالوزن، وعليه دل لفظ النبي - صلى الله عليه وآله وسلم - فإذا تماثلا في الوزن، صح الصرف، وبطل ما ذهب إليه الشافعي، ولا خلاف في جواز بيع دينارين صحيحين بدينارين مكسورين، وكذلك في جواز بيع دينارين عتيقين بدينارين طريين، فوجب أن يصح، وإن كان أحد الدينارين صحيحاً، والآخر مكسوراً، وكذلك إن كان أحدهما طرياً، والآخر نيسابورياً؛ والعلة تماثلهما في الوزن، والنص مُنبهٌ على هذه العلة، فوجب صحتها[3]، وكذلك الاعتبار الذي قدمناه.

فإن قيل: هذا لا يصح؛ لأن أحد الدينارين - إما الصحيح، وإما المكسور، أو الطري، أو النيسابوري - لو استُحق، لوجب أن يُقسم الدينارين عليهما بحسب قيمتهما، وإذا فعلنا ذلك، صار ما يقابل الدينار[4] أقل من وزنه، أو أكثر، فوجب[5] أن يدل ذلك على فساد هذا الصرف؛ ألا ترى أن النبي - صلى الله عليه وآله وسلم-

---

(١) انظر: الأحكام ٣٨/٢.

(٢) سقط من (ب) درهماً.

(٣) في (أ): صحتهما.

(٤) في (ب): الدينارين.

(٥) في (أ): فيجب.

منع من بيع الرطب بالتمر حين علم أن الرطب يجف، فيعود في المآل إلى بيع التمر بالتمر متفاضلاً؟ فكذلك مسألتنا.

قيل له: أما التقسيط الذي ذكرتم، فإنه غير مُسلَّم في هذا الموضع؛ لأن الذهب والفضة إذا لاقى كل واحد منهما جنسه، فقيمته مثله في الوزن، ولا قيمة للصنعة والجودة، كذلك لا يجوز أن يشتري ديناراً مضروباً بدينار ودانق، ولا ديناراً جيدً بدينار ودانق رديء؛ فإذا ثبت ما قلنا، ووجب ما حكيناه /١١٢/ شرعاً، كان[١] أحد الدينارين لو استُحق، لم يجب أن يكون بقيمته من الثمن، بل بمثله من الوزن، فيسقط جميع ما عوَّلوا عليه في هذا الباب، على أن ما ذكروه من تشبيههم له ببيع التمر بالرطب لا معنى له؛ لأن الرطب فيه أجزاء من الرطوبة التي ليست أجزاء التمر الجاف، ولهذا بطل البيع فيه، فأشبه الحنطة المبلولة بالحنطة المقلوّة، وأيضاً من المعلوم أن الرطب لا محالة يجف إذا بقي، وتتناقص أجزاؤه، وأحَدُ الدينارين ربما لم يُستحق، فلا يشبه[٢] ما ذكرتم؛ على أن أصحاب الشافعي قد قالوا في غير موضع: إن ما يطرأ على العقد يجب أن يكون سبيله سبيل ما ينطوي[٣] عليه العقد، ذكروا ذلك في خيار الرد بالعيب، وفي تبديله الرديء في الصرف، وفي نصرة قولهم إن رأس مال المسلم يجوز أن يكون جزافاً حين سألوا أنفسهم لو بطل السلم. [والله أعلم وأحكم بالصواب، وبالله التوفيق] [٤].

---

(١) في (أ): فإن.

(٢) في (أ): يشبه هذا ما.

(٣) في (ب): سبيل المطروء عليه العقد.

(٤) ما بين المعكوفين في (أ).

باب القول في السَّلم

مسألة: في شروط صحة السَّلم

لا يصح السلم إلا بأمور خمسة: وهو أن يسلم كذا وكذا من نقد، أو عرض، أو غير ذلك، في كذا، وهو الذي يسلم فيه، ثم يذكر صفته، ومقداره، ويذكر الوقت الذي يقبض المسلم(١) فيه، والمكان الذي يقبضه فيه.

[وهذا منصوص عليه في (الأحكام) (٢) و (المنتخب) (٣)].

قوله: لابد من أمور خمسة، إنما يريد في المسلم فيه، دون رأس المال الذي يعجله؛ وإنما قال: في شروطه خمسة، لأنه جعل النوع والصفة شيئاً واحداً، وعبَّر عنهما بالصفة؛ وفي الحقيقة لا بد من ذكر جنس ما يسلم فيه، كأن يقول: التمر؛ وذكر نوعه بأن يقول: الأزاذا، أو البرني، أو الصيحاني؛ ويذكر صفته في الجودة والرداءة، وذكر مقداره، والمكان الذي يسلم فيه، والوقت الذي يحل السلم فيه، فيكون ذلك ستة، وربما يحتاج إلى أن يجعل ذكر المقدار أمرين بأن(٤) يقول: بالصاع الفلاني، والوزن الفلاني، وما جرى مجراه.

وذكر زيد بن علي - عليهما السلام - أنه لا بد من أن يذكر فيه ثلاثة أشياء: الأجل، والمكان، وصفة ما يسلم فيه، فعبَّر عن الجنس، والنوع، والصفة، والمقدار، بالصفة، (وجعل ذلك كله شيئاً واحداً.

هذه كلها عبارة تُختصر، وتُبسط، والحقيقة ما ذكرناه)(٥)، وجملة ما ذكرناه في المسألة الخلاف فيها في أربعة مواضع.

---

(١) في (ب): السلم.
(٢) انظر: الأحكام ٢/٧٨ - ٧٩.
(٣) انظر: المنتخب ٢٤٤.
(٤) في (ب): ذكر المقدار والميزان بأن وظنن في الهامش المكيل والميزان.
(٥) ما بين القوسين سقط من (أ).

فأول ذلك رأس مال السلم، قال أبو حنيفة: لا يجوز ذلك أن يكون جزافاً كما يجوز في سائر البياعات، إن كان موزوناً، فلا بد أن يُعرف وزنه، وكذلك إن كان مكيلاً، أو معدوداً، فلا بد من أن يُعرف كيله، أو عدده، وهو أحد قولي الشافعي. قال أبو يوسف، ومحمد: يجوز أن يكون ذلك جزافاً كما يجوز في سائر الأثمان، وهو القول الآخر للشافعي، وظاهر ما ذكره يحيى في (الأحكام) [(١)] و(المنتخب) [(٢)] يجب أن يكون ذلك قوله؛ لأنه لم يذكر[(٣)] في شيء من المسائل أنه يجب أن يكون مضبوطاً بوزن، أو كيل، أو عدد، وهذا هو الظاهر من /١١٣/ قول زيد بن علي – عليهما السلام – لأنه لم يوجب فيه الوزن، ولا الكيل، ولا العدد.

والثاني: اشتراط المكان لما له حمل ومؤنة.

والثالث: اشتراطه لما لا حمل له ولا مؤنة.

والرابع: اشتراط الأجل.

والأصل في ذلك: ما روي عن النبي – صلى الله عليه وآله وسلم – أنه قال: «من أسلم، فليسلم في كيل معلوم، أو وزن معلوم، إلى أجل معلوم»[(٤)]. فقصد – صلى الله عليه وآله وسلم – ضبط أوصاف المسلم فيه دون رأس المال، وأطلق[(٥)] القول فيه، فوجب أن يجوز ذلك – خُص بالوزن، أو الكيل، أو العدد، أو لم يخص – وإنما هو مال يعجل[(٦)] قبضه عند العقد، فوجب أن يصح كونه جزافاً؛ (دليله سائر الأثمان والمبيعات، ويشهد له ما لا يتعجل قبضه في الحال، وثبت في الذمة من الأثمان، أو

---

(١) انظر: الأحكام ٧٩/٢، ولفظه: في وزن أو كيل معروف كذا كذا.
(٢) انظر ٢٠٦ ، ٢٤٤.
(٣) في (أ): يذكره.
(٤) أخرجه البخاري ٧٨١/٢، ومسلم ١٢٢٧/٣، وأبو عوانة ٤١١/٣، والترمذي ٦٠٢/٣، والنسائي ٤٠/٤ عن ابن عباس.
(٥) في (أ): فأطلق.
(٦) في (أ): يتعجل.

المسلم فيه المبيع، أنه لا يجوز أن يكون جزافاً؛ لأن كونه جزافاً)[1] يمنع من استقراره في الذمة بالعقد، وصحة المطالبة به، فلا يصح أن يتناوله العقد.

فإن قيل: الجزاف قد يثبت في الذمة، وذلك أن يشتري الرجل سلعة بثمن جزافاً، ثم تُستحق، أو تتلف بعد قبض الثمن، أو استهلاكه، فيستحق البائع على المشتري الثمن الذي قبضه جزافاً، ويثبت في ذمته.

قيل له: نحن منعنا ثبوته في الذمة بالعقد دون ما سواه، وعليه صدر كلامنا، فلا يلزم ما سألت عنه؛ ألا ترى أن الغاصب قد يغصب مالاً جزافاً ويستهلكه فيثبت في ذمته؟

فإن قيل: كما لم يجز أن يكون المسلم فيه جزافاً، وجب أن يكون عوضه، وهو الثمن المعجل لا يكون جزافاً.

قيل له: العوض إذا لم يشارك المعوض فيما له امتنع من كونه جزافاً، جاز أن يكون جزافاً؛ ألا ترى أن رجلاً لو اشترى براً جزافاً، بثمن مؤجل ،لم يجز أن يكون الثمن جزافاً، وإن كان عوض[2] المبيع جزافاً، كما [لما] لم يشارك الثمن المبيع فيما له امتنع جاز كونه جزافاً، وهو أنه مما يتعجل قبضه، ولا يثبت في الذمة بالعقد؟ وأيضاً لا خلاف أن الثمن في السلم[3] يجب تعجيله، وأن المسلم فيه يجوز أن يجب تأجيله، فإذا جاز أن يختلفا في هذا، لم يمتنع أن يختلفا فيما ذكرنا، على أنه منتقض برأس مال السلم إذا كان عرضاً كالثوب ونحوه؛ لأنه لا يجب عند أبي حنيفة أن يكون مضبوطاً بالصفة كما يجب ذلك في المسلم فيه.

فإن قيل: ما يجوز أن يطرأ على المسلم مما يجوز أن يؤول إليه مما يوجب جهالة في المعقود عليه مراعىً في حال العقد، ومقتضى فساده، بدلالة ما أجمعوا عليه من أنه لو أسلم في ملء إناء معين مجهول القدر، كان السلم فاسداً، والعلة فيه جواز أن ينكسر

---

(١) ما بين القوسين سقط من (أ).

(٢) شكل على عوض في (ب) وظنن على ما بين الحاصرتين.

(٣) في (أ): الثمن.

الإناء، فيصير السلم مجهولاً، فكذلك الثمن المعجل إذا كان جزافاً يجب أن يفسد عقد السلم؛ لجواز أن يعرض ما يوجب فساد السلم /١١٤/ فيصير الثمن مجهولاً.

قيل له: إن الذي ذكرتم يجب في المسلم فيه دون الثمن؛ لأنه الذي[1] يجب تأجيله وثبوته في الذمة بعقد البيع، وقد قلنا إن ما كان كذلك، فلا يجوز كونه جزافاً، وهذا غير حاصل في الثمن المعجل، يكشف ذلك أن النبي - صلى الله عليه وآله وسلم -[2] شدد أمر المسلم فيه فقال: «فليسلم في كيل معلوم، أو وزن معلوم، إلى أجل معلوم». و لم يأمر بذلك في الثمن المعجل.

فإن راموا تقوية كلامهم بأن قالوا: قد ثبت أنه يجوز أن يباع عبد بملء إناء مجهول القدر من البر، فكذلك بملء سكرجة مجهولة القدر من الدراهم، وكذلك يجوز أن يشتري ملء إناء مجهول[3] القدر بمال موزون من الدراهم، فاستوى في جواز ذلك الثمن والمبيع، فبان أن فساد عقد السلم إذا كان المسلم ملء إناءٍ مجهول القدر إنما كان لأنه عقد السلم، فوجب أن يستوي فيه السلم[4] والمسلم فيه.

قيل له: ليس الأمر على ما ظننتم[5]، وذلك أن الثمن لو كان مؤجلاً في بيع العين، لم يجز أن يكون ملء إناء مجهول، إنما يجوز ذلك إذا كان الجميع من الثمن والمبيع معجلين؛ فبان أن العلة هي ما ذكرناه من أن ما ثبت في الذمة بعقد البيع لا يجوز أن يكون جزافاً.

فإن قيل: فإنا نجوز ذلك في ثمن البيع المعين، وإن كان مؤجلاً، وإن ارتكبوا ذلك[6].

قيل له: لم يضرنا؛ لأنا إذا لم نسلم ذلك لهم، لم يتم كلامهم بارتكابهم ما ارتكبوا، فوضح بذلك سقوط كلامهم، على أن رأس المال إذا كان عرضاً، يعترض هذا أيضاً.

---

(١) في (أ): هو الذي.
(٢) في (ب): وسلم قاله بسرد أمن المسلم.
(٣) في (ب): مجهول بمال.
(٤) في (أ): الثمن.
(٥) في (أ): ذكرتم.
(٦) في (أ): وارتكبوا.

وأما اشتراط المكان الذي يُستَوفى فيه السلم، فقد اختلف فيه على ثلاثة أوجه:

[الأول]: قال أبو حنيفة: يجب اشتراطه إذا كان السلم مما له حمل ومؤنة، فإن لم يكن له حمل ومؤنة، لم يجب اشتراطه.

و[الثاني]: قال أبو يوسف، ومحمد: لا يجب اشتراط المكان، سواء كان السلم له حمل ومؤنة، أو لم يكن، ويجب أن يستوفى حيث يعقد السلم.

و[الثالث]: الأظهر عن زفر، والثوري، والشافعي، أنه لا بد من اشتراط المكان على الوجهين جميعاً، وعلى هذا مذهب يحيى، وهو الظاهر من قول زيد بن علي - عليهما السلام - لأنهما قالا: لا بد من اشتراط المكان، و لم يفصلا بين ما له حمل ومؤنة، وما ليس[1] له ذلك.

والأصل فيه: أنه لا خلاف بيننا وبين أبي حنيفة وأصحابه أن الأجل يجب تعيينه واشتراطه، فكذلك المكان، والعلة أن كل واحد منهما توجب جهالته[2] فساد السلم؛ لأنه لو قال: أوفيك متى شئت، واشترط ذلك، فسد السلم /١١٥/، فكذلك إذا قال: أوفيكه حيث شئت، واشترطا ذلك، بطل السلم؛ وكذلك إن لم يتعين المكان يجب أن يفسد كما يفسد إذا لم يتعين الزمان؛ ويمكن أن يُرد ذلك إلى الكيل والوزن في أنه لا بد فيهما من الحصر، بعلة أنه مسلم فيه، فأما ما ليس له حمل ومؤنة، فإنه يرد إلى ما له حمل ومؤنة مع أبي حنيفة، بعلة أن قيمته تختلف بحسب اختلاف الأماكن، فوجب أن يشترط له المكان، كما يشترط لما له حمل ومؤنة، وبهذه[3] العلة أيضاً يرد إلى الأجل مع أبي يوسف ومحمد، على أن قوله - صلى الله عليه وآله وسلم -: (فليسلم في كيل معلوم، ووزن معلوم). اقتضى وجوب نفي الجهالة عن المقدار، كما أن قوله (إلى أجل معلوم) اقتضى نفي الجهالة عن القبض، وجهالة المكان الذي يقبض فيه يقتضي جهالة في القبض.

---

(١) في (أ): وبين ما ليس.
(٢) في (أ): جهالة.
(٣) في (أ): بهذه.

وأما الأجل، فالخلاف فيه بيننا وبين الشافعي؛ لأن أبا حنيفة وأصحابه أوجبوا اشتراطه، وهو قول زيد بن علي – عليهما السلام – ويدل على ذلك أن النبي صلى الله عليه وآله نهى عن بيع ما ليس عند الإنسان، فاقتضى ظاهر الخبر بطلان السلم، ثُمَّ قال – صلى الله عليه وآله وسلم –: (من أسلم، فليسلم في كيل معلوم، ووزن، معلوم، إلى أجل معلوم) فاشتمل[1] النهي عليه، ووجب فساده؛ لأن التخصيص ورد في سلم له صفة، وهي اشتراط الأجل؛ فأما تعلقهم بالظواهر نحو قول الله تعالى: ﴿وَأَحَلَّ اللهُ الْبَيْعَ وَحَرَّمَ الرِّبَا﴾(البقرة:٢٧٥)، وقوله: ﴿إِلاَّ أَن تَكُونَ تِجَارَةً عَن تَرَاضٍ﴾ (النساء:٢٩)، فهو مدفوع بما روي من قوله – صلى الله عليه وآله وسلم – إنه نهى عن بيع الإنسان ما ليس عنده، وسائر ما نذكره من بعد.

فإن قيل: ليس يخلو قوله (من أسلم، فليسلم في كيل معلوم، ووزن معلوم، إلى أجل معلوم) من أن يكون ذلك كله بمجموعه[2] شرطاً لصحة السلم[3]؛ لأن المكيل لا يجب (أن يوزن، والموزون لا يجب)[4] أن يكال بالإجماع، والإجماع على صحة السلم فيما لا يكال ولا يوزن، كالمزروع والمعدود[5]، ولا يجوز أن يكون كل واحد منهما[6] على الانفراد شرطاً في صحة السلم؛ لأنه يجب أن يكون المكيل والموزون يصح فيهما السلم بمجرد أن يشرط فيهما الأجل، ولا يصح ذلك بالإجماع؛ ولأن الكيل والوزن لا يصححان[7] السلم عندكم إذا انفردا عن الأجل، فلم يبقَ إلا أنه جعل بعض أوصاف السلم.

قيل له: هذا الكلام الطويل يسقط بأيسر كلام، وهو أن نقول: إن المسلم في مكيل

---

(١) في (ب): اشتمل.

(٢) في (أ): مجموعة.

(٣) في (أ): شرط الصحة في السلم.

(٤) سقط من (أ) ما بين القوسين.

(٥) في (أ): والمحدود لا يجوز.

(٦) في (أ): منه.

(٧) في (أ): يصح.

معلوم في /١١٦/ المكيل، ووزن معلوم في الموزون، وأجل معلوم في كل السلم، لا[1] أن الأجل يختص بنوع دون نوع، فوجب أن يعم جميع المسلم فيه، والكيل والوزن يختصان ببعض الأشياء، فقصرناهما على ما اختصا به.

فإن قيل: كما جاز العدول عن المنصوص عليه من المكيل والموزون إلى المذروع والمعدود، جاز العدول من المنصوص عليه من المؤجل إلى الحال.

قيل له[2]: ليس الأمر على ما ذكرتم؛ لأن النص الذي ذكر المكيل لم يتناول إلا المكيل، بل لا يصح غير ذلك، والنص الذي ذكر الموزون لم يتناول إلا الموزون، فألحقنا بهما غيرهما بالدلالة، وليس كذلك الأجل؛ لأن الأجل لا يختص بنوع دون نوع، فوجب أن يعتبر.

فإن قيل: الحال من المسلم أبعد من الغرر، فيجب أن يكون أجوز.

قيل له: «هذا الاعتبار ساقط بالإجماع؛ لأنا لم نعتبره في السلم». ولم تعتبروه في الكتابة؛ لأنكم تبطلون الكتابة الحالّة، على أن قول النبي - صلى الله عليه وآله وسلم- (أحق أن يتبع، وقد قال: إلى أجل معلوم) [3].

فإن قيل: روي أن النبي - صلى الله عليه وآله وسلم - اشترى جملاً بتمر موصوف في الذمة بقرب المدينة، ثم ساقه إلى المدينة، ووفى التمر بها، وهذا يدل على السلم الحال.

قيل له: التمر مما يجوز ثبوته في الذمة، وهو فيما ذكرتم كان ثمناً، فجرى مجرى النقود، ولم يجر مجرى السلم، فلا يصح التعلق به، وذلك أن المكيل والموزون متى لاقى العروض وصحبته، كانت ثمناً كالدراهم والدنانير، ولم تكن مبيعاً، وأيضاً لا خلاف أن المقدار يجب أن يكون مشروطاً ليصح السلم. وكذلك الأجل، والعلة أن كل

---

(١) في (أ): إلا.

(٢) في (أ): قيل ليس.

(٣) ما بين الأقواس بياض في (أ).

واحد منهما قد ورد[١] الشرع باشتراطه في السلم، ويمكن أن يقاس على المقدار، وعلى المكان، بعلة أن جهالته توجب فساد السلم، فوجب ألا يصح (السلم إلا باشتراطه، ولأنه بدل يُستحق بعقد السلم، فوجب ألا يصح)[٢] فيه ألا أحد أمرين: التعجيل، أو الأجل، قياساً على رأس المال، ولا يصح فيه العكس بأن يقولوا[٣] فوجب ألا يكون من شرطه الأجل؛ لأنه منتقض بالسلم في المعدوم، ويمكن أن يجعل السلم في المعدوم أصلاً للمسألة، ويقاس عليه غيره، بعلة أنه مسلم فيه، وإن كان لا يصح ذلك لأبي حنيفة؛ لأنه لا يرى السلم في المعدوم وغيره، وكل عللهم تنقض بالسلم في المعدوم، ويؤكد ذلك أن يقال لهم: إن السلم يختلف بتعجيل رأس المال، وتأجيل المسلم فيه، وذلك أن السلم والسلف في المعنى واحد، فلو جاز في السلم الحال أن /١١٧/ يسلم في الحال، لبطل معنى السلم، إذ يكون رأس المال والسلم معجلين، فلم يصح أن يقال فيه إنه سلم، وقد قال - صلى الله عليه وآله وسلم -: (من أسلم، فليسلم في كيل معلوم، ووزن معلوم). فعبر عنه بالسلم؛ ومذهبهم يوجب خروجه من أن يكون سلماً.

قال: وإن أسلم المسلم إلى المسلم إليه على هذه الشروط، صح السلم إن كان السلم فيما[٤] يصح فيه السلم[٥].

أما إذا أسلم على الشروط التي ذكرناها، فلا خلاف في صحة السلم، وإنما الخلاف إذا سقط شرط من جملة هذه الشروط، وقد تكلمنا في جميعها ما أغنى وكفى، وإنما اشترطنا أن يكون السلم فيما يصح فيه السلم؛ لأنه لا خلاف أن من أسلم فيما لا يصح فيه السلم، لم يصح السلم، وإن حصلت الشروط، والكلام فيما يصح فيه السلم أو لا يصح فيه السلم يجيء في المسائل التي نذكرها بعد.

---

(١) في (أ): أمر ورد.
(٢) ما بين القوسين ساقط من (أ).
(٣) كذا.
(٤) في (أ): مما.
(٥) انظر: الأحكام ٢/٧٨ - ٧٩.

مسألة: في الافتراق قبل قبض المسلم

قال: ولا يجوز لهما أن يفترقا إلا بعد قبض المسلم إليه[١] من المسلم، فإن تفرقا قبل ذلك، بطل السلم، وكذلك إن تركا شرطاً واحداً من هذه الشروط الخمسة، كان السلم باطلاً، إلا أن يذكراه قبل افتراقهما.

[وهذا منصوص عليه في (الأحكام)[٢]].

أما تعلق صحة السلم بقبض رأس المال في المجلس، فهو مما لا خلاف فيه بين العلماء، ونص عليه زيد بن علي - عليهم السلام - إلا ما يحكى عن مالك أنه أجاز ذلك يوماً، أو يومين، ولم يجزه في مدة طويلة، وإذا ثبت أن المسلَم فيه يجب أن يكون مؤجلاً، فلو أجزنا أن يكون رأس المال غير مقبوض، كان من الكالئ بالكالئ، وقد نهى عنه رسول الله - صلى الله عليه وآله وسلم - ولأن السلم[٣] يقتضي تعجيل رأس المال، وتأجيل المسلم فيه، على ما مضى بيانه، ولأن ظاهر قوله - صلى الله عليه وآله وسلم -: «من أسلم فليسلم» يقتضي[٤] تعجيل رأس المال، وأيضاً لا يجوز فيه اشتراط الخيار، فوجب أن يجب تعجيله كالصرف، ويمكن أن يقاس مع ذلك يومان[٥] أو نحوهما بالمدة الطويلة؛ بعلة أنه رأس مال السلم، على [أن] ما جاز تأخيره مدة يسيرة، جاز مدة طويلة.

وأما قولنا: إنه إن ترك شرطاً من هذه الشروط التي ذكرناها، كان السلم باطلاً، فقد مضى الكلام فيه.

وقلنا: إلا أن يذكر ذلك قبل افتراقهما؛ لأن ذكر الشروط ليس بأوكد من قبض رأس المال؛ لأن الجميع شرط في صحة السلم، فلا بد أن يقع التقابض قبل التفرق،

---

(١) في (أ): قبض المسلم إليه السلم من المسلم.
(٢) انظر: الأحكام ٧٨/٢، ٨٣.
(٣) في (أ): ولأن السلم السلف.
(٤) في (أ): يتضمن.
(٥) في (أ): يومين.

فيجب ألا يخل بذكر الشروط قبل التفرق، ولأن العقد لم ينبرم بعد /١١٨/ سقوط بعض الشروط، و لم يفسد؛ لأن التفرق لم يحصل، فوجب أن يكون موقوفاً، والموقوف يجوز أن يَرِد عليه ما يصححه، كما يجوز أن يرد عليه ما يفسده؛ على أن العقد لو كان انبرم، لكان[1] يجوز أن يلحق به غير ما ذكر، على أصلنا في أن العقد يجوز أن يزاد فيه، ويحط عنه.

مسألة: في تصحيح السلم الفاسد

قال: وإذا أسلم الرجل سلماً فاسداً، لم يكن له عند المسلم إليه إلاَّ رأس ماله، فإذا[2] أردا تصحيح[3] السلم، فليقبض الْمُسلِم من المسلم إليه رأس ماله، ثم ليدفعه إليه ثانياً، ويبتدئا العقد على الصحة.

[وهذا منصوص عليه في (الأحكام)[4]].

أما إذا أسلم سلماً فاسداً، فإن رأس المال يكون للمسلم؛ لأنه لم يستحق[5] بدله على المسلم إليه، فلا يجوز أن يكون المسلم إليه يستحق بدله، وهو رأس المال، وإذا لم يستحقه، وجب أن يكون للمسلم، إلا أن على مذهب يحيى[6] - عليه السلام - لا يبعد أن يقال: إن المسلم إليه يكون قد ملكه؛ لأن من مذهبه أن التسليم إذا وقع مع الفساد يملكه المتسلم، وإذا ملكه، صار ضامناً، فيكون ديناً عليه، فلا يجوز أن يجعله في السلم[7] ثانياً حتَّى يقبضه؛ لأنه يكون من الكالئ بالكالئ[8].

---

(١) في (أ): فكان.
(٢) في (أ): وإذا.
(٣) في (أ): تجديد.
(٤) انظر: الأحكام ٢/٨٣.
(٥) في (أ): لا يستحق.
(٦) في (أ): يحيى بن الحسين.
(٧) في (ب): المسلم.
(٨) في (ب): لأنه يكون من الكالئ.

مسألة: في السلم في الدين والوديعة

ولو أن رجلاً كان له على رجل دين، أو عنده وديعة، لم يجز أن يجعله سلماً حتى يقبضه منه، ثم يدفعه إليه سلماً.

[وهذا منصوص عليه في (الأحكام) (١)].

أما الدين، فقد قلنا فيه ما كفى، وهو مما لا خلاف فيه.

وأما الوديعة، فالذي أحفظه عن العلماء أنهم أجازوا فيها أن تكون سلماً؛ لأنها إذا كانت في يد المودَع، كانت مقبوضة حاصلة في يده، والأقرب عندي أن مراد يحيى - عليه السلام - في ذلك إذا لم يعلم يقيناً بقاء الوديعة في يده بعينها، ويجوز أن يكون قد جرى فيها الاستهلاك، وأنها قد صارت ديناً على المودَع، فيكون الوجه في ذلك ما ذكرناه في الدين، أو يقال: إنها في يد المودع بمنـــزلة كونها في يد المالك؛ لأن يد المودع يد المالك، فلا يجوز أن يجعلها سلماً؛ لأن الإقباض لا يكون حصل حكماً، إلا أن يأذن له في قبضه من نفسه، فيقبضه بأن ينقله من موضع إلى موضع لنفسه؛ لأن من مذهبه أنه يصح من الإنسان أن يقبض الشيء من نفسه لغيره، نص عليه في (المنتخب)(٢) في مسألة شراء(٣). وإذا جاز ذلك، جاز أن يقبضه من نفسه لنفسه، فعلى هذا لا يصح أن يجعل سلماً ما دامت على صفة الوديعة حتى يحصل النقل في المجلس قبل أن يتفرقا على ما قلناه من أنه لا بد /١١٩/ من تعجيل رأس مال السلم قبل التفرق.

مسألة: فيمن عليه دين ودفع إليه مثله على أنهما سلم

قال: ولو كان عليه عشرة دنانير ديناً، أو عنده وديعة، فدفع إليه عشرة أخرى على أن يكون العشرون سلماً، صح نصف سلمه، وبطل نصفه.

---

(١) انظر: الأحكام ٢/٩٩ - ١٠٠.

(٢) انظر: المنتخب ١٩٥ باب ما لا يفسد البيع من الشروط.

(٣) في (أ)، (ب) في مسألة شراء، وبعدها بياض، وقال: كذا في الأم.

[وهذا منصوص عليه في (الأحكام) [١]].

ووجهه: ما بيناه فيما مضى فيمن باع ملكه وملك غيره، أن البيع يصح في ملكه؛ لأن الفساد لم يعترض فيه حين وقع لصحته فيما يملك، ووقوفه فيما لم يملك، فكذلك في هذه المسألة؛ لأن السلم صح فيما قبضه المسلم إليه، ووقف فيما لم يقبضه إلى حين التفرق، فلم يقع العقد منطوياً على الفساد؛ ألا ترى أنه لو استوفى دينه أو وديعته في المجلس، وأقبضه قبل التفرق، لصح السلم؟ وإنما يفسد لو لم يجر فيه القبض حتى يقع التفرق، وعلى هذا نقول: لو باع ديناراً بعشرة دراهم، فقبض خمسة منها في المجلس[٢]، ولم يقبض الخمسة حتى تفرقا[٣]: إن الصرف يصح في نصف دينار المقبوض بدله، ويفسد في نصفه.

مسألة: في رد المسلم فيه في السلم الفاسد

قال: وإذا أسلم الرجل سلماً فاسداً، فأراد أَخْذَ ما دفعه[٤] إلى المسلم إليه، أخذه إن وجده بعينه، وإن كان قد استهلكه، وجب عليه مثله إن كان ما أعطاه (نقداً، أو مكيلاً، أو موزوناً؛ فإن كان ما أعطاه)[٥] عرضاً، أو حيواناً، أخذ منه قيمته يوم استهلكه.

[وهذا منصوص عليه في (الأحكام)[٦]].

وهذه الجملة لا خلاف فيها؛ لأن السلم إذا فسد، كان الْمُسلِم أولى بما دفع إن كان قائماً بعينه؛ لأن العقد قد بطل، ولم يكن هناك إلا القبض، فوجب أن يكون حكم المقبوض حكم الوديعة والغصب أن صاحبه يكون أولى به بعينه إن[٧] كانت عينه باقية.

---

(١) انظر: الأحكام ٢/١٠٠.
(٢) سقط من (أ) في المجلس.
(٣) في (أ): يفترقا.
(٤) في (أ): ما دفع.
(٥) ما بين القوسين ساقط من (أ).
(٦) انظر: الأحكام ٢/٨٦ - ٨٧.
(٧) في (أ): إذا.

وإن كان قد استهلكه[1]، وكان من ذوات الأمثال، كان عليه مثله، لا خلاف في أن ذلك حكم ذوات الأمثال، وذوات القيم؛ لأن ذلك أقرب إلى أن يكون ذو الحق قد استوفى حقه، ويكون أبعد من التفاوت. ومعنى قوله يوم استهلكه، إذا كان الاستهلاك يوم القبض؛ لأنه حين يقبضه يصير مضموناً عليه على ما نقوله في المغصوب.

مسألة: في عجز المسلم إليه عن الوفاء

قال: فإن[2] عجز المسلم إليه عن إيفاء السلم[3]، كان المسلم بالخيار، إن شاء، أنظره إلى وقت مقدرته، وإن شاء، استرجع منه ما أعطاه، إن كان قائماً بعينه، أو مستهلكاً على ما بيناه في المسألة الأولى، ولم يجز له أن يأخذ قيمة ما أسلم فيه.

[وهو منصوص عليه في (الأحكام)[4]].

وذلك أن المطالبة قد صحت بحلول الأجل، والعقد صحيح كما كان، فأشبه بيع العين إذا تعذر[5] على البائع تسليم المبيع في أن المشتري بالخيار بين أن يصبر إلى أن يمكن[6] فيه التسليم، وبين أن /١٢٠/ يفسخ البيع، وبه قال أبو حنيفة وأصحابه إذا كان سبب التعذر انقطاعه من أيدي الناس؛ ولست أحفظ قولهم إذا تعذر لإفلاس المسلم إليه، ويمكن أن يقاس عليه تعذر الإفلاس على تعذر تسليم المبيع، وليس لهم أن يقيسوا تعذر التسليم للإفلاس على تعذر الثمن؛ لأن حكم الثمن في هذا الباب خلاف حكم المبيع؛ لصحة التصرف في الثمن قبل القبض، وإن كان لا يصح ذلك في المبيع، فلا يصح في المبيع أمر من الأمور قبل التسليم كما يصح في الثمن.

وقلنا: إنه ليس له أن يأخذ قيمة ما أسلم فيه؛ لأنه يكون تصرفاً في المسلم فيه قبل

---

(١) في (أ): استهلك.

(٢) في (أ): وإن.

(٣) في (ب): المسلم.

(٤) انظر: الأحكام ٢/٨٦ - ٨٧.

(٥) في (أ): تعذرت.

(٦) في (أ): إلى وقت أن.

القبض، ولا خلاف أن ذلك لا يجوز كما لا يجوز في الصرف، وإن كانت[1] العلة في الصرف أنه يؤدي إلى إبطال القبض المستحق في المجلس، والعلة في المسلم فيه أنه بيع قبل القبض، كما لا يجوز التصرف في المبيع قبل القبض، وكذلك المسلم فيه؛ لأنهما جميعاً مبيعان.

وروى زيد بن علي، عن أبيه عن جده، عن علي - عليهم السلام - قال: من أسلف في طعام إلى أجل، فلم يجد عند صاحبه ذلك الطعام فقال: خذ مني غيره بسعر يومه، لم يكن له أن يأخذ إلا الطعام الذي أسلم فيه، أو رأس ماله، وليس له أن يأخذ نوعاً من الطعام غير ذلك النوع[2]. وهذا يوجب[3] أن التصرف فيه قبل القبض غير جائز، ولا يحفظ عن غيره من الصحابة خلافه، فجرى مجرى الإجماع منهم.

قال: فإن عجز عن بعضه أخذ بعضه، وكان القول في المعجوز عنه كالقول فيما مضى.

أمَّا ما لم يعجز عنه، فإنه يقبضه؛ لأنه مستحق عليه، وأما المعجوز عنه، فوجهه قد مضى؛ يكشف ذلك أن من اشترى عبدين أحدهما آبق، وجب تسليم الباقي، وفسخ البيع في الغائب[4].

وروى زيد بن علي، عن أبيه، عن جده، عن علي - عليهم السلام - أنه قال: لا بأس أن تأخذ بعض رأس مالك، وبعض سلمك، ولا تأخذ شيئاً من غير سلمك[5].

مسألة: في الإقالة في السلم

قال: وتجوز الإقالة في السلم، وفي بعضه.

[وهذا منصوص عليه في (الأحكام)[6]].

---

(١) في (ب): كان.
(٢) المسند كتاب البيوع، باب السلم.
(٣) في (أ): يحقق.
(٤) في (أ): المبيع الغائب.
(٥) المسند كتاب البيوع، باب السلم.
(٦) انظر: الأحكام ٢/٩٦.

الإقالة عندنا بيع في سائر الأشياء، وإن قلنا في السلم إنه فسخ على ما بينا[1] فيما مضى من البيوع، وإذا كانت الإقالة فسخاً، وبيَّنا أن الفسخ يصح في السلم وفي بعضه، فكذلك الإقالة، وذلك فيه خلاف، وبه قال أبو حنيفة وأصحابه، والشافعي؛ وحكي عن مالك أنها[2] تجوز في الجميع، ولا تجوز في البعض.

مسألة: في السلم فيما يكثر فيه التفاوت

قال: ولا يجوز أن يسلم في الحيوان، ولا في شيء مما يتفاوت تفاوتاً فاحشاً.

[وهذا منصوص عليه في (الأحكام) [3] و (المنتخب) [4]].

وكذلك لا يجوز السلم في /١٢١/ الجواهر والفصوص تخريجاً.

أما الفصوص والجواهر، فلا أحفظ خلافاً في أن السلم لا يجوز فيها.

ووجه التحريم: أن يحيى - عليه السلام - قال عند المنع من السلم في الحيوان على طريق التعليل: إنه يتفاوت تفاوتاً عظيماً، فدل على أن ما يتفاوت تفاوتاً[5] عظيماً لا يجوز السلم فيه عنده، ومن المعلوم أن الجواهر والفصوص تتفاوت تفاوتاً عظيماً.

فأما الحيوان، ففي قول أبي حنيفة وأصحابه لا يجوز[6] فيه مثل قولنا، وهو قول زيد بن علي - عليهما السلام -. وقال الشافعي: السلم فيه جائز.

والأصل فيه: ما روي عن النبي - صلى الله عليه وآله وسلم -: «أنه نهى عن بيع الحيوان بعضه ببعض نسيئة». وروي أنه - صلى الله عليه وآله وسلم - قال: «لا تبيعوا الدينار بالدينارين، والصاع[7] بالصاعين». فقام إليه رجل فقال: يا رسول الله،

---

(١) في (أ): قلنا.
(٢) في (أ): أنه.
(٣) انظر: الأحكام ٢/٨٤ ، ٨٨.
(٤) انظر: المنتخب ٢٤٦.
(٥) في (أ): تفاوتاً لا يجوز فيه السلم عنده.
(٦) في (أ): لا يجوز السلم فيه.
(٧) في (أ): ولا الصاع.

أنبيع الفرس بالأفراس، والنجيبة بالإبل؟ فقال: «لا بأس، إذا كان يداً بيد». وليس لأصحاب الشافعي أن يحملوه على أنه يمتنع النسأ للجنسية؛ لأنه لا يوجب المنع من النسأ لأحد وصفي علة الربا.

ويدل على ذلك ما روي عن ابن عمر أنه قال: إن من الربا أبواباً لا تخفى، منها السلم في السن. ولم يرو خلافه عن غيره من الصحابة، فجرى مجرى الإجماع، وتسميته[١] إياه بالربا لا يخلو من أن يكون لغة، أو شرعاً، فإن كان لغة، تناوله قوله تعالى: ﴿وَحَرَّمَ الرِّبَا﴾(البقرة: ٢٧٥)، وإن كان شرعاً، فالشرع طريقه التوقيف، فهو في حكم من أسنده. وروي عن النبي - صلى الله عليه وآله وسلم -: (من أسلم، فليسلم في كيل معلوم، ووزن معلوم، إلى أجل معلوم). فاقتضى ظاهره منع السلم فيما لا يتأتّى فيه الكيل والوزن، والحيوان داخل فيه، وأيضاً الجواهر لا يجوز فيها السلم لما يحصل فيها من التفاوت العظيم، نص أصحاب الشافعي على اللؤلؤ، والزمرد، والياقوت، فكذلك الحيوان لهذه العلة، وذلك أنه معلوم في الحيوان، وإن اتفق الجنس، والنوع، والسن، فإن التفاوت يعظم بينها، وهو الذي اعتمده يحيى - عليه السلام -. وليس يلزم الثياب والبسط على ذلك؛ لأنها[٢] تنضبط بالصفة والذرع حتى يصير التفاوت يسيراً، ولا كذلك الحيوان؛ لأنه يكون)[٣] متعذراً لا سبيل إليه، فهو باللآلئ واليواقيت أشبه.

فإن قيل: ضبطه بالصفة ممكن، بدلالة ما روي عن النبي - صلى الله عليه وآله وسلم -: «لا تصف المرأةُ المرأةَ لزوجها حتى كأنه ينظر إليها»[٤].

قيل له: لا يمتنع أن يضبط بالصفة بعض الضبط، ولسنا ننكر /١٢٢/ ذلك؛ ألا ترى أن الياقوت واللؤلؤ يمكن ضبطها بالصفة، ولكن لا يمكن ضبط شيء من ذلك بحيث يقل التفاوت؟ وهذا معلوم ضرورة، فقوله - صلى الله عليه وآله وسلم - نهى

---

(١) في (ب): وتشبيهه.
(٢) في (ب): لأنه.
(٣) سقط ما بين القوسين من (ب).
(٤) أخرجه الطبراني في الأوسط ١٥٦/٢ عن عبدالله بن مسعود - رضي الله عنه -.

عن أن يصفها بغاية ما يمكنها، وليس فيه دليل على أنها إذا بلغت الغاية، قلَّ التفاوت.

فإن قيل[١]: غاية أوصافه أن يضبط بالصفة.

قيل له: الأوصاف المقصودة منه لا يمكن ضبطها؛ ألا ترى أن الجاريتين تتساويان في الجنس والحسن، ومع ذلك يتفاوتان في الثقل والخفة على القلب، ودقائق المحاسن، والأثمان تتفاوت لهذه[٢] المعاني، وكذا حكم العبدين؛ لأنهما يتفقان فيما ذكرنا، ويختلفان في حفظ الأسرار، والذكاء، وصحة التمييز، والعقل، والقوة (والهداية إلى الأعمال، ودقائق المحاسن، والكسل، والنشاط، وكل ذلك مما يتفاوت الثمن من أجله، وليس كذلك حكم الثياب؛ وكذلك سبيل الفرسين؛ فبان صحة ما قلناه من عظم التفاوت بين الحيوان)[٣].

فإن قيل: روي عن النبي - صلى الله عليه وآله وسلم - أنه استسلف[٤] بكراً من الإبل[٥] فجاءت إبل الصدقة، فأمر أبا رافع أن يعطيه من إبل[٦] الصدقة[٧].

قيل له: يمكن أن يكون - صلى الله عليه وآله وسلم - أخذه على وجه الضمان للقيمة والسوم، ثم أعطاه من إبل الصدقة على المراضاة، وليس فيه ما يدل على أنه أثبت البكر في الذمة؛ وقول الراوي استسلف، على وجه التجوز.

وقد قيل: إن القرض على إبل الصدقة جائز؛ لجواز أن يثبت في الصدقة حيوان مجهول، فلا[٨] يمتنع أن يثبت عليها حيوان مجهول؛ وقد قيل: إنه منسوخ بما ثبت من النهي عن بيع الحيوان بالحيوان نسيئة بما روي أنه من الربا، ويحتمل أن يكون ذلك

---

(١) في (ب): فإن قيل: فإنه أمكن أن يضبط بالصفة. ونبه على ما أثبتناه في الهامش.

(٢) في (أ): بهذه.

(٣) ما بين القوسين بياض في (أ).

(٤) في (أ): استلف.

(٥) سقط من (أ) من الإبل.

(٦) سقط إبل من (ب).

(٧) أخرجه مسلم ٣/١٢٢٤، وأبو عوانة ٣/٤٠٨، والترمذي ٣/٦٠٩، وأبو داود ٣/٢٤٧، وابن ماجة ٢/٧٦٧ عن أبي رافع.

(٨) في (أ): ولا.

كان قبل تحريم الربا، وقبل المنع من الآجال المجهولة؛ إذ في بعض الأخبار: أخذ البعير بالبعيرين في إبل الصدقة، وذلك أجل مجهول؛ وكل[1] ذلك يدل على أنه كان سلفاً على التحقيق فهو منسوخ.

فإن قيل: كيف تجوزون في الدية والنكاح الحيوان أن يكون في الذمة ثابتاً، فجوزوا ذلك في السلم؟

قيل له: لأن الدية تحتمل من الجهالة ما لا يحتمل السلم، وكذلك المهر؛ ألا ترى أن الذي يجب في الدية إنما هو الأسنان فقط، ولا يجب ضبطه بسائر الأوصاف، والنكاح يصح على مهر المثل؟ والسلف لا يجوز على القيمة، وقد يجوز النكاح بغير ذكر المهر أصلاً، فصح الفرق، على أن ما رويناه من النهي عن بيع الحيوان بالحيوان نسيئة أولى مما رووه من أنه - صلى الله عليه وآله وسلم - استسلف؛ لوجهين:

أحدهما: الحظر وهو أولى من الإباحة.

والثاني: /١٢٣/ احتمال أن يكون ذلك كان خاصاً له - صلى الله عليه وآله وسلم -.

قال: ولا بأس أن يسلم جميع ذلك في غيره.

[وهذا منصوص عليه في (الأحكام)[2]].

وهذا مما لا خلاف فيه؛ لأن التعجيل يزيل حكم التفاوت؛ ألا ترى أنه يجوز أن يشتري بها الأشياء المعينة إذا عجل قبضها؟ فكذلك حكم السلم.

مسألة: في سلم الأشياء المختلفة في الشيء الواحد

قال: ولا بأس أن يسلم الأشياء المختلفة في الشيء الواحد، نحو أن يسلم عرضاً مع حيوان، أو نقداً مع طعام، أو غير ذلك.

[وهذا منصوص عليه في (الأحكام)[3]].

---

(١) في (أ): كل.
(٢) انظر: الأحكام ٢/٩٠.
(٣) انظر: الأحكام ٢/٩٩.

والأصل فيه: أن الذي جاز أن يكون ثمناً معجلاً في بيع العين، جاز أن يكون ثمناً في السلم على ما بيناه في كون ثمن السلم جزافاً، فكذلك هذه المسألة، على أن النقد والطعام يجوز أن يكونا ثمن بيع العين، وإن كانا مؤجلين، فأولى أن يصح ما ذهبنا إليه.

مسألة: في سلم المكيل والموزون

قال: ولا بأس أن يسلم ما يكال فيما يوزن، أو ما يوزن فيما يكال، ولا يجوز أن يسلم ما يكال فيما يكال، أو ما يوزن فيما يوزن، خلا الذهب والفضة، فإنهما يسلمان في الموزون، وغيره.

[وهذا منصوص عليه في (الأحكام)[1] و (المنتخب)[2]].

ما[3] قلناه من أنه يجوز أن يسلم ما يكال فيما يوزن وما يوزن فيما يكال، المراد به إذا كانا من جنسين، فأما إذا كانا من جنس واحد، لم يجز ذلك، كأن يسلم خبز الحنطة في الحنطة، أو خبز الأرز في الأرز وما جرى مجراهما؛ لأن عندنا أن حصول أحد وصفي علة الربا يمنع النسأ، ويجيز التفاضل، على ما مضى في باب بيع الأجناس بعضها ببعض، ولهذا لا نجيز بيع ثوب بثوب أو ثوبين نسأ، إذا كانت من جنس واحد، والجنسية أحد وصفي علة الربا، وقد استوفينا الكلام فيه وأوضحنا الخلاف[4]، فلا وجه لإعادته، وكذلك ما يوزن لا يجوز أن يسلم فيما يوزن، ولا ما يكال فيما يكال؛ لحصول أحد وصفي علة الربا، وهو الوزن أو الكيل، فأما الذهب والفضة، فقد بينا فيما مضى أنه يخصهما بالاتفاق، أو نزيد في العلة على ما لا يشتمل على الذهب والفضة على ما سلف القول فيه.

مسألة: في السلم في الفواكه

قال: ولا بأس أن يسلم في الفواكه الرطبة واليابسة، وما لم يبق منها ومن غيرها إلى الحول أجمع، جاز فيه السلم إذا كان أجله إلى الوقت الذي يوجد ذلك فيه، فإن

---

(١) انظر: الأحكام ٢/٨٤ ، ٨٥.

(٢) انظر: المنتخب ٢٦٣.

(٣) في (أ): وما.

(٤) سقط من (ب): أوضحنا .

كان غير ذلك الوقت، بطل السلم.

[وهذا منصوص عليه في (الأحكام) [١] و (المنتخب) [٢]].

أما الفواكه اليابسة التي لا تتفاوت أحوالها، ويمكن ضبطها، فعند أبي حنيفة: السلم فيها جائز، وعندنا: يجوز السلم في الجميع؛ لأن ضبط الجميع بالصفة والوزن مما يمكن، ويقل معه التفاوت، وما جرى هذا المجرى يجب أن يصح السلم فيه؛ لأن يسير التفاوت لا معتبر به في السلم؛ فأما ما لم يبقَ من حين /١٢٤/ عقد السلم إلى وقت حلوله في شيء من الأوقات؛ فلا يجوز السلم فيه عند أبي حنيفة، وإن وجد في بعض تلك الأوقات، وعندنا وعند الشافعي ومالك: الاعتبار بوجوده وقت[٣] حلوله؛ لأنه هو الوقت الذي يجب فيه تسليمه، فإذا كان مما يوجد في وقت وجوب التسليم، فلا معتبر بسائر الأوقات، دليله الأوقات التي هي قبل عقد السلم وبعد حلولها؛ لأنه لَمَّا لم يجب فيه التسليم، لم يبق[٤] بوجوده أو عدمه فيه معتبر.

فإن قيل: لما قال النبي – صلى الله عليه وآله وسلم –: «من أسلم، فليسلم في كيل معلوم، ووزن معلوم، إلى أجل معلوم». وكان معلوماً من مراده صلى الله علي وآله وسلم أنه الكيل المعلوم عند الناس، كان ذلك مانعاً من السلم في ملء إناء مجهول القدر؛ لجواز هلاكه[٥] قبل استيفاء السلم، فوجب أن يكون ما يجوز انقطاعه قبل حلوله بمترلة كونه منقطعاً، كما كان جواز هلاك الإناء بمنـــزلة كونه معدوماً.

قيل له: ليس العلة في المنع من السلم في ملء إناء مجهول ما ذكرت، بل هو جواز تعذر التسليم في الأغلب، لأن الإناء قد ينكسر كسراً[٦]، وإذا انكسر، بطل التسليم، وليس كذلك السلم فيما هو في الحال منقطع، أو يجوز انقطاعه إذا علم أنه يوجد في

---

(١) انظر: الأحكام ٢/٨٨ ، ٨٩.

(٢) انظر: المنتخب ٢٤٨.

(٣) في (أ): في وقت.

(٤) في (أ): لم يكن.

(٥) في (أ): استهلاكه.

(٦) في (أ): كثيراً.

وقت حلوله؛ لأنه لا يخشى فيه تعذر التسليم.

فإن قيل: روي أن النبي - صلى الله عليه وآله وسلم - أسلف[١] رجلاً دنانير في تمر مسمى، فقال من حائط فلان؟ فقال - صلى الله عليه وآله وسلم -: «أما من حائط فلان، فلا، ولكن تمر مسمى، وكيل مسمى، وأجل مسمى»[٢].

فدل هذا الخبر على نفي جواز السلم فيما يجوز انقطاعه؛ لأن تمر حائط بعينه قد يجوز أن ينقطع.

قيل له: لا دليل[٣]؛ لأنه - صلى الله عليه وآله وسلم - منع منه لما جاز أن ينقطع في وقت الحلول، فيؤدي إلى تعذر التسليم، فإن انقطع بعد عقد السلم، أو كان[٤] منقطعاً عنده، فالتسليم لا يتعذر إذا وجد وقت حلوله، فلا (يلزم ما ذكرتم)[٥].

فإن قيل: لو لم يكن موجوداً من حين العقد إلى حين الحلول، لكان يفوت المسلم فيه، فيحل[٦] السلم وهو معدوم، فيجب أن يفسد، إذ لا خلاف في فساد السلم (إذا كان معدوماً في وقت الحلول) [٧].

قيل له: عندنا أن المؤجل لا يصير حالاً بموت من عليه الحق، فلا يلزم هذا السؤال، (على أنا لو لم نقل ذلك أيضاً، كان لا يلزم ذلك، فإن الفساد يجب إذا عقد السلم)[٨] على أن يكون حلوله في /١٢٥/ وقت (انقطاعه، فأما إن كان صادف ذلك لعارض ندر، فلا يجب أن يفسد)[٩] لجواز أن يعرض ذلك؛ ألا ترى أن المسلم

---

(١) في (أ): أسلم.

(٢) أخرج نحوه ابن حبان ٥٢٢/١، والحاكم ٧٠٠/٣، والطبراني في الكبير ٢٢٢/٥ عن عبدالله بن سلام.

(٣) سقط من (أ) لا دليل.

(٤) في (أ): وكان.

(٥) ما بين القوسين بياض في (أ).

(٦) في (أ): فيختل.

(٧) ما بين القوسين بياض في (أ).

(٨) ما بين القوسين بياض في (أ).

(٩) ما بين القوسين بياض في (أ).

إليه يجوز أن يموت[١] مفلساً (في وقت الحلول، وذلك يوجب تعذر التسليم)[٢] إلا أنه لا معتبر به، وقد يجوز أن يتعذر التسليم في وقت الحلول لإفلاس المسلم إليه، أو لغيبة أحدهما منقطعة، فلا معتبر به؛ فإذاً الاعتبار إنما هو بما قلناه من أنه يفسد إذا اقتضى العقد حلوله في وقت الانقطاع، فأما ما روي أنه - صلى الله عليه وآله وسلم - دخل المدينة وهم يسلمون في الثمار قبل مَحِلِّها، فنهى عن ذلك، فذلك محمول على أنهم لم يكونوا يجعلون الأجل في وقت الوجود. (فإن قيس على بيع الأعيان في أن بيعه لا يجوز)[٣] إذا كان معدوماً في حال العقد، لم يصح ذلك؛ لأن العلة في بيع الأعيان أن تسليمه يجب في حال العقد، وليس كذلك في السلم؛ وليس لهم [٤] أن يقيسوه على ما يكون معدوماً في حال الحلول بعلة أنه مسلم[٥] في معدوم؛ لأنه إذا أسلم في موجود يبقى ثُمَّ يعدم في حال الحلول، فسد، وإن لم يكن سلماً في معدوم، وكان سلماً في موجود، فبان أن الاعتبار إنما هو بحال الحلول.

مسألة: في السلم فيماليس بمكيل ولا موزون

قال: ولا بأس بالسلم في اللحم والشواء إذا كانا موصوفين بصفة معروفة بينة.

[وهذا منصوص عليه في (الأحكام) [٦]].

أما السلم في اللحم، فلا يجوز عند أبي حنيفة، ويجوز عند أبي يوسف ومحمد إن مى مكاناً معلوماً من الحيوان، ويجوز ذلك عند الشافعي، وأجازه أبو حنيفة في لشحوم.

والدليل على صحة السلم في اللحم: قوله - صلى الله عليه وآله وسلم - (من

---

(١) في (أ): يكون.
(٢) ما بين القوسين بياض في (أ).
(٣) ما بين القوسين ساقط من (أ).
(٤) في (أ): وليس أن.
(٥) في (أ): يسلم.
(٦) انظر: الأحكام ٢/٨٩.

أسلم[١] فليسلم في كيل معلوم، ووزن معلوم، إلى أجل معلوم). فلم يخص موزوناً من موزون، كما لم يخص مكيلاً من مكيل، فوجبت صحته في جميع الموزونات، كما وجبت في جميع المكيلات، واللحم موزون، فوجب[٢] أن يصح فيه السلم.

فإن قيل: لا خلاف أن وقوع التفاوت فيما يُسلم فيه يبطل السلم، واللحم يتفاوت.

قيل له: لا خلاف أن يسير التفاوت معفو عنه في السلم، لولا ذلك، لبطل السلم رأساً؛ لأن شيئاً منه لا يَسلَم من يسير التفاوت، واللحم إذا ذُكر الحيوان، وجنسه، ونوعه، كأن يقال: لحم شاة، أو بقرة، أو جمل، ويذكر المعلوف منها، والسائم منها، ويذكر جلب ناحية إن كان يتفاوت ذلك، ويذكر العضو، والسِمن، والهزال، ويذكر العظم الذي فيه، أو يذكر مخلوعاً من العظم، زال التفاوت في مجرى العادات، ولم يبق بعد ذلك من التفاوت إلا القدر /١٢٦/ اليسير الذي يكون دون تفاوت الثياب، والبسط، والأكسية، التي لا خلاف في جواز السلم فيها، فوجب أن يصح السلم فيها، وألا يبطله التفاوت، على أنه إذا ضُبط بصفة لا تتغير[٣] معها القيمة في اللحم، وجب أن يصح السلم، قياساً على سائر ما يجوز السلم فيه من المكيل والموزون والثياب، على أن أبا حنيفة يجيز السلم في البيض عدداً، ونحن نعلم أن التفاوت فيه من الصغر والكبر أعظم من التفاوت في اللحم إذا وصف بما ذكرنا.

وأما الشواء، فالطريقة في تصحيح السلم فيه هي الطريقة التي بيناها في اللحم، فلا وجه لإعادته[٤]، والشافعي لا يجيز السلم فيه.

فإن قيل: إنه يختلف ويتفاوت؛ لأنه لا يمكن ضبط ما تأخذ النار منه.

قيل له: يمكن ذلك حتَّى يقل التفاوت، ويكون أقل من سائر التفاوت المعفو عنه في السلم، ألا ترى أن الثياب المصبوغة يصح فيها السلم، وإن كان لا يمكن أن تضبط

---

(١) سقط من (ب) من أسلم.
(٢) في (أ): فيجب.
(٣) في (أ): يتعين.
(٤) في (أ): لإعادته هنا.

حتَّى يعلم تأثير الصبغ فيها على التحقيق إذا وصف بحيث يكون التفاوت فيه يسيراً؟ كذلك تأثير النار؛ ونظائره كثيرة، نحو تأثير الشمس في النضج في الفواكه، وتأثير الخرز فيما يخرز، والنسج فيما ينسج، ولا خلاف أن التفاوت اليسير في جميع ذلك معفو عنه، فوجب أن يكون كذلك تأثير النار في الشواء، وكذلك تأثير الجفاف في الحبوب يشهد لما قلناه، على أن الشافعي يجيز السلم في السمن، وإن كانت النار تأخذ منه، وهو ينقض تعليلهم للشواء.

قال: ولا بأس بالسلم في الرؤوس والبيض، ولكن يجب أن يكون ذلك بالوزن[١]. والوجه في ذلك ما تقدم، والذي يجيء على قياس قوله إنه يجوز فيها السلم نيئاً ومشوياً، إذ قد نص على صحة السلم.

وأما البيض، فلا يجوز السلم فيه عدداً[٢] لما يقع فيه من التفاوت في الصغر والكبر، والثقل والخفة، (خلافاً لما قاله أبو حنيفة. ولا خلاف فيه بيننا وبين الشافعي)[٣].

فإن قيل: العادة الجارية أنها تباع وتشترى عدداً، فدل ذلك على قلة التفاوت فيه.

قيل له: الناس يتبايعون ويتشارون في الأعيان على حد لا يجوز مثله في السلم، فلا يكون بيع العين عياراً على بيع السلم، ونحن قد قدمنا[٤] أنه يقع التفاوت فيه إذا عُدَّ، ويقل التفاوت إذا وزن، فكان الوزن أولى[٥]؛ لأن التفاوت الذي يعفى عنه في باب السلم هو التفاوت الذي يتعذر (ضبطه، فإذا أمكن ضبط)[٦] بعض تفاوت البيض بالوزن، ولم يكن ذلك معفواً، وجب ضبطه بالوزن /١٢٧/.

قال: وكذلك القول في الحطب، والقصب، والفواكه التي لا تكال ولا توزن، وما أشبه هذه الأشياء لا يسلم فيه إلا وزناً.

---

(١) انظر: الأحكام ٢٤٧. والمنتخب ٢/٩٤.
(٢) سقط من (أ) عدداً.
(٣) ما بين القوسين بياض في (أ).
(٤) في (أ): علمنا.
(٥) في (ب): أقل.
(٦) ما بين القوسين بياض في (أ).

[وهذا منصوص عليه في (الأحكام) (١)].

ووجهه: أن جميع ذلك يمكن ضبطه بالصفة، والوزن، والجفاف، والرطوبة، فيقل التفاوت فيه.

ولا بأس بالسلم في اللبن والأدهان، ووجهه: ما مضى، ويجب أن يوصف اللبن بجنس الحيوان، والصفة، وبأنه حلب(٢) يومه، أو غير ذلك؛ وكذلك الدهن يجب أن يضبط بجنسه وصفته، وكل ما يتفاوت حاله بترك ذكره، أو تختلف من أجله قيمته، أو رغبة الناس فيه من كونه حديثاً، أو عتيقاً، وما جرى مجرى ذلك.

مسألة: في السلم فيما لا يتفاوت

قال: ولا بأس بالسلم في الثياب(٣)، والبسط، والأكسية، وغيرها مما لا يتفاوت تفاوتاً عظيماً، فلا يصح السلم في شيء منها إلا بعد أن يوصف بصفة معروفة بينة.

[وهذا منصوص عليه في (الأحكام) (٤)].

وهذه الجملة مما لا خلاف فيها، ويجب أن يوصف طوله، وعرضه، ودقته، وغلظه، ولونه، وكل ما تتغير به قيمته، وتختلف أغراض الناس فيه.

مسألة: في اشتراط الأفضل في السلم

قال: ولا يجوز أن يشترط في شيء مما يسلم خير ما يكون، بل يشرط الوسط.

قوله: بل يشترط الوسط، يدل على أن مذهبه أنه لا يجوز أن يشترط أردأ (٥) ما يكون. وحكي عن الشافعي أن اشتراط الأجود لا يجوز، وأن اشتراط الأردأ عنده على قولين.

---

(١) انظر: الأحكام ٢/٨٩.
(٢) في (أ): حليب.
(٣) في (أ): والثياب.
(٤) انظر: الأحكام ٢/٩٥.
(٥) في (ب): رديء.

ووجه ما ذهبنا إليه: أن اشتراط الأجود يُدخله في باب الجهالة، فكذلك[١] الأردأ[٢]؛ لأنه ليس للأجود والأردأ[٣] حد يضبط، بل الأظهر في كل ما يقال فيه إنه جيد أن يوجد ما هو أجود منه، وكذلك ما يقال فيه إنه رديء، فلما كان اشتراط ذلك يؤدي إلى الجهالة، وعظم التفاوت، وجب أن يكون مبطلاً للسلم، كما يبطله سائر ما يعظم تفاوته، فأما إذا اشترط الوسط من الجيد، أو الوسط من الرديء، فقد سلم من الجهالة، ومن أن يكون اشترط ما لا يمكن الوقوف عليه.

فإن قيل: يصح في الأردأ، ثُمَّ يقال للمسلم إليه: اعطه أردأه، فما أعطاه، أجبر[٤] المسلم على قبضه.

قيل له: لا يمتنع أن يقول المسلم إليه: قد تعذر وجود الأردأ بأن يقول في كل رديء يجوز أن يكون أردأ منه، فيؤدي إلى تعذر التسليم.

مسألة: في اشتراط تعيين المسلم فيه

قال: ولا يجوز إن كان المسلم فيه مما تنبت الأرض أن يشترط فيه ما يخرج من مزرعة بعينها، وإن كان لحماً، أو لبناً، ما يكون لإبل بأعيانها، أو بقر أو غنم بأعيانها، وإن كانت ثياباً، أو إبريسماً، ما كانت صنعة رجل بعينه، أو ما يكون في محلة بعينها، ولا بأس أن يشترط ما يكون في بلد بعينه، وكذا القول في /١٢٨/ سائر ما جرى هذا المجرى، ولا يجوز أن يشترط فيه ما يجوز تعذره على هذا الحد.

[وهذا منصوص عليه في (الأحكام)[٥]]. وبه قال أبو حنيفة والشافعي.

والأصل فيه الحديث الذي ذكره يحيى - عليه السلام - في (الأحكام)[٦] عن النبي

---

(١) في (أ): وكذلك.
(٢) في (ب): الأدنى.
(٣) في (أ): ولا الأردأ.
(٤) في (أ): جبر.
(٥) انظر: الأحكام ٢/٧٩ - ٨٠، ٩٠ - ٩١.
(٦) الأحكام ٢/٩٠ - ٩١.

- صلى الله عليه وآله وسلم - أن يهودياً قال له: يا محمد، إن شئت، أسلمنا[١] إليك وزناً معلوماً، في كيل معلوم، من تمر معلوم، إلى أجل معلوم، من حائط معلوم، فقال له رسول الله - صلى الله عليه وآله وسلم -: «لا يا يهودي، ولكن إن شئت، فأسلم وزناً معلوما[٢]، إلى أجل معلوم، لا أن نسمي لك حائطاً»[٣]. فصار ذلك حجة فيما ذكرناه من أن السلم لا يصح فيما يجوز انقطاعه من أيدي الناس عند الحلول.

وقلنا: إنه لا بأس أن يشترط ما يكون في بلد بعينه؛ لأن البلدان الكبار لم تجر العادة في أن يخلى أهلها دفعة واحدة، وأن[٤] يصيبها جائحة دفعة، والشيء إذا اشترط أن يكون من بلد، لا يجوز انقطاعه لما ذكرناه، فذلك يصح السلم فيه؛ ولأنا لو[٥] جوزنا السلم مع شرط أن يكون ذلك من مزرعة أو حائط معينين، كان ذلك غرراً، ووجب له بطلان السلم، كما أن السلم إلى برء مريض لما كان غرراً، وجب بطلانه.

مسألة: في الرجل يسلم إلى يوم معين

قال: وإذا أسلم إلى يوم بعينه، فعلى المسلم إليه أن يوفيه حقه في أول ذلك اليوم، ووسطه، وآخره.

[وهذا منصوص عليه في (الأحكام)[٦]].

وذلك لما ذكره يحيى - عليه السلام - في حديث اليهودي الذي أسلم إلى رسول الله - صلى الله عليه وآله وسلم - أن اليهودي لما جاءه[٧] عند انتهاء آخر الأجل، تقاضاه، فقال له رسول الله - صلى الله عليه وآله وسلم -: «يا يهودي، إن لنا بقية يومنا هذا». فدل ذلك على أن الحق إذا وجب في اليوم، كان اليوم كله وقتاً له، وأن

---

(١) في (أ): أسلمت.
(٢) سقط من (أ)معلوما.
(٣) انظر التخريج السابق.
(٤) في (أ): أو أن يجيء عليها جائحة.
(٥) في (أ): لأنا لو.
(٦) انظر: الأحكام ٢/ ٩٠.
(٧) في (ب): اليهودي جاءه.

الخيار للمسلم إليه في أن يوفيه في أي وقت من اليوم شاء، وكان القياس أن يوفيه في أول ذلك اليوم؛ لأنه وقت المحل، لكنه ترك القياس فيه للأثر الذي رواه عن النبي - صلى الله عليه وآله وسلم - لأن المسلمين لا يستحسنون حبس من يقول لغريمه: أوفيه بعد ساعتين، أو ثلاث، أو بعد أن أصلي، ويمكن أن يقاس على النية، لما وجبت للصوم في آخر جزء من الليل، وتعذر ضبطه، صار الليل كله وقتاً لها، وكذلك القول في النهار، بعلة أنه في أحد طرفي الليل والنهار، وتعذر ضبطه.

مسألة: في السلم إلى رأس الشهر أو السنة

قال: فإن أسلم إلى رأس الشهر، وجب أن يأخذ حقه في الليلة الأولى إلى طلوع الشمس من الشهر الثاني.

قال: وكذلك القول إن أسلم إلى رأس السنة.

[وهذا منصوص عليه في (الأحكام)[1]].

وذلك أن رأس الشيء أوله، وما علا منه، لذلك يقال: رأس الجبل، ورأس الرمح، لَمَّا علا، ولأن ما بعده يكون في /١٢٩/ جانب النقصان، وكذلك رأس الشهر، ورأس السنة، ولا يجوز فساد[2] السلم؛ لتجويز أن يعبر عن آخر الشهر برأس الشهر؛ لأن التفاوت فيه يقل؛ لأنه يكون قدر ساعة، أو أقل؛ ولأن العادة والعرف جاريان بأن يعبر برأس الشهر عما علا منه، وعن أوله، فكان[3] القياس أن يكون إلى طلوع الفجر، إلا أنه جعله إلى طلوع الشمس؛ لأن التصرف في أعم الأحوال يكون بالنهار، فجعل بعض النهار من وقته.

مسألة: في السلم إلى وقت مضبوط والعكس

قال: ولا بأس أن يسلم إلى يوم الفطر، أو يوم الأضحى، أو يوم عرفة، أو يوم التروية، أو ما أشبه ذلك من الأيام المشهورة.

---

(١) انظر: الأحكام ٢/٩٣.

(٢) في (أ): إفساد.

(٣) في (أ): وكان.

[وهذا منصوص عليه في (الأحكام) (١)].

وهذا مما لا خلاف فيه؛ لأن الأجل إلى هذه الأيام أجل معروف مضبوط لا يقع فيه التفاوت، والغرض بضرب الأجل هو ضبط الوقت وحصره.

قال: ولا يجوز السلم إلى قدوم غائب(٢)، أو خروج حاضر، أو برء مريض، أو مشي صغير، وما أشبه ذلك، ولا إلى وقت الحصاد، أو الجذاذ، أو إلى مجاز الحاج، أو(٣) إلى رجوعهم، أو إلى شيء من هذه الأوقات التي تتقدم أو تتأخر.

[وهذا منصوص عليه في (الأحكام) (٤)].

وهذا أيضاً مما لا خلاف فيه؛ لأنها أوقات غير مضبوطة، ولا محصورة؛ بل تتقدم تقدماً كبيراً(٥)، أو تتأخر(٦) تأخراً متفاوتاً، فيصير الأجل المضروب إليه مجهولاً، فوجب أن يكون ذلك مفسداً للسلم. ونص في (المنتخب) (٧) على أنه لا يجوز السلم إلى النيروز، وصوم النصارى، وما أشبهه، وكل ذلك مبني على أن هذه الأوقات تتقدم وتتأخرَ، ويكون الأجل إليها مجهولاً، فإن كان يمكن ضبط شيء منها حتى يصير وقتاً معلوماً لا يتقدم ولا يتأخر، وجب أن يصح السلم إليه.

مسألة: في تعجيل السلم على النقصان أو الزيادة

قال: ويجوز للمسلم إليه أن يعجل السلم قبل وقت محله على أن ينقصه المسلم، ولا يجوز تأخيره على الزيادة.

[وهذا منصوص عليه في (الأحكام) (٨)].

(١) انظر: الأحكام ٢/٩٣.
(٢) في (أ): غائبة.
(٣) في (أ): ولا.
(٤) انظر: الأحكام ٢/٦٢.
(٥) في (أ): كثيراً.
(٦) في (أ): وتتأخر.
(٧) انظر: المنتخب ٢٤٥.
(٨) انظر: الأحكام ٢/٩٧.

إنما جاز التعجيل على النقصان؛ لأن الحط مما يجوز تأخيره، سواء كان في الوقت، أو في المسلم إليه فيه[١]، فإذا جاز ذلك على الانفراد، جاز على الجمع، وتقدُّم الشرط في ذلك لا يؤثر؛ كما أن رجلاً لو شارط رجلاً أن يبيع منه ثوبه إن هو باع منه عبده، ووقع البيعان، صحا، ولم يؤثر فيهما تقدم الشرط، فأما في الزيادة، فإنه لا يجوز؛ لأنه لا تجوز الزيادة للأجل؛ لأنه لا يجوز أن يسلم[٢] عشرة بخمسة عشرة إلى سنة، على ما مضى في كتاب البيع، فهذه الزيادة لو وقعت ابتداء عنده تفسد العقد، فلم يصح إلحاقه به، وليس كذلك الحط؛ لأنه لو ابتدأ به في العقد، لم يفسده، فكذلك إذا لحق به.

قال: ولا يجوز للمسلم أن يسلم في الشيء ما يمتنع أن يكون ثمناً له في الأوقات كلها، وذلك أن يسلم درهماً في قفيز من بر /١٣٠/ والوجه فيه ما مضى في البيع من بيع الشيء بزيادة لا يتغابن[٣] بمثلها للأجل، فإذا ثبت ذلك في بيع العين، ثبت في بيع السلم.

مسألة: في طرح المسلم والمسلم إليه

قال: ولا بأس لكل واحد من المسلم والمسلم إليه أن يترك بعض ما وجب له على صاحبه من السلم قبل القبض وبعده.

[وهذا منصوص عليه في (الأحكام)[٤]].

وذلك أنه قبل القبض يكون حطاً، وهو جائز، ويكون بعد القبض هبة، وهي جائزة، فإذاً لا إشكال فيما ذكره.

مسألة: في الشركة في السلم

قال: ولو أن رجلاً أسلم إلى رجل دراهم في شيء موصوف، ثم شرك غيره في سلمه، وأخذ منه بعض ما نقد المسلم إليه، كان ذلك فاسداً، سواء شركه بعد ما

---

(١) في (أ): السلم فيه.

(٢) في (أ): لا يجوز بيع ما يساوى عشرة.

(٣) في (أ): يتغابن الناس.

(٤) انظر: الأحكام ٢/٩٨.

قاول المسلم[١] إليه قبل أن ينقده الدراهم، أو بعده.

[وهذا منصوص عليه في (الأحكام) و (المنتخب) [٢]].

ووجهه: أنه متى فعل ذلك، كان قد باع السلم قبل القبض، ولا خلاف أن التصرف في السلم[٣] قبل القبض لا يصح، كما لا يصح في الصرف، وقد مضى الكلام فيه.

قال: ولو أن المسلم إليه شرك رجلاً فيما عليه للمسلم على أن يأخذ منه نصف السلم، ويرده على المسلم، كان ذلك باطلاً، وذلك أنه حاول بطلانه.[وهذا منصوص عليه في (الأحكام) [٤]].

قال: ولو أن المسلم استوفى حقه من المسلم إليه، ثم شرك فيه غيره، جاز، وكان بيعاً جديداً. [وهذا منصوص عليه في (الأحكام) [٥]] وهذا كما ذكر، ووجهه ما ذكر في الكتاب من أنه بيع جديد.

قال: ولو أن المسلم إليه أسلم نصف ما أخذه من المسلم إلى رجل ليأخذ منه نصف ما يجب للمسلم عليه، كان ذلك جائزاً. [وهذا منصوص عليه في (الأحكام)[٦]].

ووجهه: أن المسلم إليه أسلم بعض ما أخذه وملكه إلى غيره سلماً مستأنفاً، فوجب أن يصح.

مسألة: في اختلاف المسلم والمسلم إليه

قال: وإذا اختلف المسلم والمسلم إليه في جنس ما أسلم فيه، أو مقداره، أو

(١) في (أ): قاول المسلم قبل.
(٢) انظر: الأحكام ٢/١٠٠ والمنتخب٢٤٩.
(٣) في (أ): الثمن.
(٤) انظر: الأحكام ٢/١٠١.
(٥) انظر: الأحكام ٢/١٠١.
(٦) انظر: الأحكام ٢/١٠١.

المكان[١] الذي يتقابضان فيه، ولم يكن لأحدهما بينة، حلف كل واحد منهما على دعوى صاحبه، وبطل السلم، وإن أتيا جميعاً بالبينة، كانت البينة بينة المسلم.

[وهذا منصوص عليه في (الأحكام)[٢]].

وجه قولنا إن كل واحد منهما يحلف على دعوى صاحبه: أن كل واحد منهما مُدعٍ، ومدعى عليه؛ لأن المسلم يدعي على المسلم إليه جنساً هو له منكر، أو قدراً هو له منكر، أو استحقاق قبض في مكان هو له منكر، والمسلم إليه يدعي أنه يلزمه قبض جنس، أو مقدار، أو في مكان عوضاً مما قبضه من رأس المال، والمسلم منكر لذلك.

وقلنا: إنهما إن أتيا بالبينة، كانت البينة بينة المسلم؛ لأنه لا يخلو من أن يجب إسقاط البينتين (أو إثباتهما، أو إثبات إحداهما، لا يجوز إسقاطهما)[٣] لأن المسلم قد ثبتت له بينة ما ادعاه على المسلم إليه، ولا سبيل إلى إسقاط بينته، ولا يجوز إثباتهما؛ لأنا لو أثبتناهما، لكُنَّا قضينا للمسلم بأكثر مما يدعيه؛ لأنه إن ادعى بُراً، والمسلم إليه يدعي شعيراً، وقبلنا البينتين، قضينا للمسلم بالبر /١٣١/ والشعير، وذلك ما لم يدعه، فلما فسد ذلك، ثبت أن الواجب قبول إحدى البينتين، فإذا ثبت ما ادعاه المسلم ببينته، أثبتنا بينته[٤]، وألغينا بينة المسلم إليه، وأيضاً لو قبلنا البينتين، قبلناهما على أن كل واحد عقد للسلم مخالف لعقد الآخر، فإذا ثبت العقدان، دفعنا إلى المسلم ما يدعيه لثبوت عقده الذي ادعاه، ولم يدفع إليه ما ثبت بالعقد الآخر؛ لأنه لا يدعيه، ويبطل إقرار المسلم إليه فيما أقر له به، فبطلت بينته؛ لأنه بمنـــزلة من يقر لغيره بحق، ويقيم عليه البينة، وهو مبطل لإقراره، في أن بينته تبطل.

فإن قيل: فيلزمكم على هذا ألا تقبلوا بينة المسلم إليه (وإن لم يكن للمسلم بينة.

---

(١) في (أ): والمقدار.

(٢) انظر: الأحكام ٢/١٠١ - ١٠٢.

(٣) ما بين القوسين سقط من (ب).

(٤) في (أ): حكمنا به وألغينا.

قيل له: لا يلزم ذلك؛ فإنه بتجرد دعوى المسلم إليه)[١] أنه يلزمه قبض ذلك عما قبضه من رأس المال فتسمع بينته، ولأنه لا يؤدي إلى أن يدفع إلى المسلم إليه أكثر مما يدعيه.

مسألة: في الاختلاف على صحة السلم وفساده

قال: وإذا قال المسلم أسلمت سلماً فاسداً، وقال المسلم إليه لا، بل أسلمت سلماً صحيحاً، فأيهما أقام البينة، قبلت بينته، فإن أقاماها جميعاً، كانت البينة بينة المسلم إليه، وإن لم يكن لواحد منهما بينة، فالقول قول من حلف منهما، وإن حلفا جميعاً، فالقول قول من يثبت السلم، وإن نكلا جميعاً، بطل السلم.

[وهذا منصوص عليه في (الأحكام) [٢]].

قلنا: أيهما أقام البينة، قبلت بينته؛ لأنه لم يثبت إلا عقد[٣] واحد، فأيهما أقام البينة على صفة ذلك العقد، وجب أن تكون مقبولة، ويجب على هذا أن المدعي للصحة لو ادعى عقداً ثانياً، يحلف له المنكر لصحة السلم.

وقلنا: إنهما إن أقاما جميعاً البينة، كانت البينة بينة المسلم إليه؛ لأنه المدعي لصحته، وكذلك لو كان المدعي لصحة السلم هو المسلم، كانت البينة بينته، فالاعتبار بمن يدعي صحة السلم في أن البينة بينته.

ووجهه: أنا نصدق البينتين؛ لأن ظاهر أحوال المسلمين السلامة، ومتى صدقناهما، وجب أن تحمل شهادتهما على عقدين، أحدهما فاسد، والآخر صحيح، فيجب أن يلغى العقد الفاسد، وإن قامت به البينة، والعقد الصحيح يجب أن يقرر متى قامت بينته[٤]، فصار المحكوم به بينة المدعي لصحة السلم لما بيناه.

---

(١) ما بين القوسين بياض في (أ).

(٢) انظر: الأحكام ٢/١٠٢.

(٣) في (أ): إلا على عقد.

(٤) في (أ): به البينة.

وقلنا: إن لم يكن لواحد منهما بينة، فالقول قول من حلف منهما؛ لأن كل واحد منهما مدع، ومدعى عليه، فأيهما حلف لصاحبه، سقطت دعوى خصمه عنه، ومن لم يحلف، تثبت عليه دعوى صاحبه لنكوله، فيكون القول قول من حلف منهما على ما بيناه.

فإن قيل: فكيف صار كل واحد منهما مدعياً ومدعى عليه؟

قيل له: لأن المدعي لصحة السلم يدعي حقاً بعينه بموجب سلمه، إلا أنه /١٣٢/ إن كان هو المسلم، فهو يدعي مبيعاً عليه بعينه، وإن كان هو المسلم إليه، فإنه يدعي عليه أنه يلزمه قبض مبيع معين عوضاً عن رأس ماله، والمدعي لفساد السلم مقر بالسلم، ويدعي فساداً لم يظهر، فصار مدعياً من هذا الوجه، فوضح ما ذكرناه من أن كل واحد منهما مدعٍ ومدعى عليه.

وقلنا: إن حلفا جميعاً، كان القول قول المثبت لصحة السلم؛ لأنه مدعٍ خلاف الظاهر، فعليه البينة، وعلى خصمه اليمين، فكما أن من ادعى على غيره حقاً، فأنكر المدعى عليه، لا يلتفت إلى يمين المدعي؛ لأنه مدع خلاف الظاهر؛ لأن المدعي فساد السلم مدعٍ خلاف الظاهر.

مسألة: [في الكفالة والرهن في السلم]

قال: ولا بأس للمسلم أن يأخذ الكفيل والرهن من المسلم إليه على ما أسلم إليه[1]. [وهذا منصوص عليه في (الأحكام)[2]].

والأصل فيه قول الله تعالى: ﴿وَإِن كُنتُمْ عَلَى سَفَرٍ وَلَمْ تَجِدُوا كَاتِباً فَرِهَانٌ مَّقْبُوضَةٌ﴾(البقرة: ٢٨٣)، فدل على أن أخذ الرهن في الدين، (والسلم من جملة الديون)[3].

---

(١) في (أ): فيه.

(٢) انظر: الأحكام ٢/١٠٢.

(٣) ما بين القوسين بياض في (أ).

وقال - صلى الله عليه وآله وسلم -: «الزعيم غارم». والزعيم هو الكفيل، (فإذا كفل السلم، فيجب أن يكون غارماً، وذلك يقتضي صحة الكفالة فيه، ولا خلاف)[1] في صحتها في سائر الحقوق، فكذلك في السلم، والعلة أنه من حقوق الأموال.

فإن قيل: أليس روي عن النبي - صلى الله عليه وآله وسلم - أنه كره ذلك؟

قيل له: ذلك محمول على استحباب الترفيه والتوسعة بين الناس إذا لم يُخفْ ضياع المال وتلفه.

وروي عن ابن عباس أنه قال: أشهد أن السلم المؤجل في كتاب الله، ثم تلا قوله تعالى: ﴿إِذَا تَدَايَنتُم بِدَيْنٍ إِلَى أَجَلٍ مُّسَمًّى﴾(البقرة: ٢٨٢)، على أن الرهن مقبوض للاستيفاء، وعقد السلم يوجب الاستيفاء، (فصح الرهن كسائر الديون)[2].

---

(١) ما بين القوسين بياض في (أ).

(٢) سقط من (أ) ما بين القوسين.

كتاب

الشفعة

باب القول فيمن تجب له الشفعة وكيفية وجوبها

مسألة: في ما تجب فيه الشفعة

تجب الشفعة في الدور، والبقاع[١]، والضياع، إذا بيعت للشريك في أصل المبيع .

هذه الجملة لا خلاف فيها إذا كان المبيع مما تصح القسمة فيه، فأما ما لا يحتمل القسمة مثل الحمَّام، والرحى، فذهب الشافعي إلى أنه لا شفعة فيه. وأوجب فيه الشفعة أبو حنيفة وأصحابه. وعندنا في جميع ذلك الشفعة، وكذلك في المماليك، والحيوان، والعروض، وهي في هذه الأشياء[٢] للشريك في أصل المبيع دون غيره.

والأصل في ذلك: حديث ابن أبي مليكة، عن ابن عباس، عن رسول - صلى الله عليه وآله وسلم - أنه قال: «الشريك شفيع[٣]، والشفعة في كل شيء»[٤].

وعن ابن أبي مليكة قال: قال رسول الله صلى الله عليه وآله /١٣٣/ وسلم: «في العبد الشفعة، وفي كل شيء».

وعن سعيد بن جبير، عن ابن عباس، عن النبي - صلى الله عليه وآله وسلم - قال: «في العبد الشفعة، وفي كل شيء»[٥].

وعن جابر، عن النبي - صلى الله عليه وآله وسلم -: «الشفعة في كل شرك وحائط، لا يصلح لشريك أن يبيع حتى يؤذن شريكه، فإن باع، فهو أحق به»[٦].

وحديث جابر قال: قضى رسول الله - صلى الله عليه وآله وسلم - بالشفعة فيما

---

(١) في (أ): والعقار.

(٢) في (أ): في الأشياء.

(٣) في (أ): الشفيع مشترك.

(٤) أخرجه الترمذي ٣/٦٥٤، والبيهقي ٦/١٠٩، والطحاوي ٤/١٢٥، وعبد الرزاق ٨/٨٨.

(٥) أخرجه البيهقي ٦/١١٠.

(٦) أخرجه مسلم ٣/١٢٢٩، وابن حبان ١١/٥٨١، وأبو عوانة ٣/٤١٣، والدارمي ٢/٣٥٤، وأبو داود ٣/٢٨٥.

لم يقسم[١]. وكل هذه الأخبار عامة في ما[٢] ذهبنا إليه.

وفيه أن موضوع الشفعة لدفع الأذى لضرر المشاركة والمجاورة، ولا يختلف فيه العلماء، وقد علمنا أن ما لا يتأتّى فيه القسمة يكون الأذى بالمشاركة فيه أشد؛ لأنه لا يزول كما يزول[٣] فيما يتأتى فيه القسمة إذا قسم.

فإن قيل: المقصد منها دفع الأذى في ما يدوم، وهذا غير موجود في العروض والحيوان.

قيل[٤] له: ولا يتحصل الدوام في شيء من الأشياء، وإنما تطول المشاركة في بعض الأشياء؛ على أن العروض والحيوان قد يجوز أن يبقى مدة طويلة، وربما يتهدم العقار قبل تلف الحيوان والعروض، فلا معنى لما ذكروا؛ على أن ذلك لو صح، لكان لنا أن نقول: إن ذكر الدوام لا معنى له؛ لأن الغرض هو دفع الأذى، ويمكن أن يقاس على ما أجمع عليه بحصول الشركة، وما[٥] يتعلقون به من قوله - صلى الله عليه وآله وسلم -: «الشفعة في كل شريك[٦] في أرض أو ربعة، أو حائط». وما أشبه ذلك مخصوص بما ذكرنا.

مسألة: في من تجب له الشفعة بالأولوية

قال: ثم الشفعة للشريك في الشرب، ثم للشريك في الطريق، ثم للجار الملاصق.

[وهذا منصوص عليه في (الأحكام) [٧] و (المنتخب) [٨]].

---

(١) أخرجه البخاري ٢/٧٧٠، ومسلم ٣/١٢٢٩، وابن حبان ١١/٥٩٢، والدارمي ٢/٣٥٤، والنسائي ٤/٦١.

(٢) في (أ): في جميع ما ذهبنا إليه.

(٣) في (أ): كما لا يزول فيما لا يتأتى.

(٤) في (ب): قال.

(٥) في (أ): ومما.

(٦) في (أ): شرك.

(٧) انظر: الأحكام ٢/١٠٧.

(٨) انظر: المنتخب ٢٣٣.

كل من أثبت شفعة الجوار، فلا يخالف في الشرب والطريق، وأنهما يتقدمان عليه، ولا خلاف أنه لا شفعة للجار إذا لم يكن ملازقاً، وإنما الخلاف بيننا وبين أبي حنيفة وأصحابه[1] في الشرب والطريق، فإنهم يسوون بينهما، ونحن نقدم الشرب على الطريق.

والوجه[2] أن الشرب يجمع حقين، حق الماء، وحق المجرى، فهو أوكد من الطريق الذي ليس فيه إلا حق الاستطراق، (وأيضاً موضوع الشفعة على الاختصاص؛ ألا ترى أنه)[3] لا خلاف أنه لا شفعة للجار مع الشريك في الأصل؟ لأنه أخص بالمبيع، بدلالة أن من كان له حق في الطريق، فله أن يفتح من[4] داره تلك إلى الطريق من الأبواب ما شاء، وليس كذلك من كانت لأرضه فوهة إلى نهر، أنه ليس له أن يفتح إليه فوهة أخرى، فبان أن التخصيص في الشرب أوكد[5]، فوجب أن يكون الشفيع[6] فيه مقدماً على الشفيع في الطريق، فتأذّي شركة الشرب أشد من تأذي شركة الطريق، فوجب أن يكون ذلك أولى، فلهذا قُدِّم الشريك في الأصل.

مسألة: في الشفعة بالجوار

قولنا /١٣٤/ وقول أبي حنيفة وأصحابه في الشفعة بالجوار[7] واحد. والخلاف فيه بيننا وبين ابن أبي ليلى، والشافعي، والإمامية؛ حكى الكرخي أن ابن أبي ليلى كان يقول في ذلك مثل قول أبي حنيفة، ثم رجع عنه.

والدليل على صحة ما ذهبنا إليه في ذلك الأخبار المشهورة؛ منها:

حديث عطاء، عن جابر قال: قال رسول الله - صلى الله عليه وآله وسلم -:

---

(١) سقط من (ب) وأصحابه.
(٢) في (أ): والأصل فيه أن موضوع الشرب يجمع.
(٣) ما بين القوسين بياض في (أ).
(٤) في (أ): إلى.
(٥) في (أ): آكد.
(٦) في (أ): الشريك.
(٧) في (أ): في الجوار.

«الجار أحق بشفعة جاره ينتظر[١] بها وإن كان غائباً، إذا كان طريقهما واحداً»[٢].

وحديث عمرو بن شعيب، عن عمرو بن الشريد، عن أبيه قال: قلت يا رسول الله، أرض ليس لأحد فيها شرك، ولا قسم، إلا الجوار، قال صلى الله علي وآله وسلم: «الجار أحق بصقبه»[٣]. وهذا يبطل كل تأويل يتأوله المخالف.

وحديث سعد بن أبي وقاص، لولا أني سمعت رسول الله - صلى الله عليه وآله وسلم - يقول: (الشريك أحق بالشفعة، والجار أحق ممن وراءه ما اشتريته)، أو كما قال، فقد صرَّح بإيجاب الشفعة للشريك دون الجار، وللجار دون من وراءه.

وحديث ابن سمرة قال: قال رسول الله - صلى الله عليه وآله وسلم -: «جار الدار أحق بشفعة الدار»[٤].

وعن قتادة، عن أنس[٥]، عن النبي - صلى الله عليه وآله وسلم - أنه قال: «جار الدار أحق بالدار»[٦].

وحديث جابر: «الشفعة في كل شرك» يوجب الشفعة في شرك الشرب والطريق.

فأما استدلالهم بما روي عنه - صلى الله عليه وآله وسلم -: «الشفعة في ما لا يقسم، فإذا وقعت الحدود فلا شفعة»[٧]. وفي بعض الأخبار: (فإذا وقعت الحدود، وصرحت الطريق، فلا شفعة)[٨]، فيضعف؛ لأن أكثر ما في قوله: (الشفعة فيما لم

---

(١) في (أ): ينتظرها.

(٢) أخرجه الترمذي ٦٥١/٣، والبيهقي ١٠٦/٦، وأبو داود ٢٨٦/٣ وابن ماجه ٨٣٣/٢.

(٣) أخرجه الدارقطني ٢٢٤/٤، والنسائي ٦٢/٤، وابن ماجة ٨٣٤/٢، وابن أبي شيبة ٥١٩/٤، وفيها: بسقبه إلا في أحدى روايات الدارقطني فصقبه، وفي اللسان أنهما لغتان.

(٤) أخرجه الترمذي ٦٥٠/٣، والبيهقي ١٠٦/٦، وأبو داود ٢٨٦/٣، وابن أبي شيبة ٥١٨/٤.

(٥) سقط من (أ) عن أنس.

(٦) أخرجه الترمذي ٦٥٠/٣، وابن حبان ٥٨٥/١١، والطحاوي ١٢٢/٤، والطبراني في الأوسط ١١٨/٨.

(٧) أخرجه البيهقي ١٠٣/٦ عن جابر، وابن ماجة ٨٣٤/٢ عن أبي هريرة، وابن أبي شيبه ٥٢٠/٤ عن أبي سلمة، والطبراني في الكبير ٣٧٣/١٢ عن ابن عمر.

(٨) أخرجه البخاري ٧٧٠/٢، وابن حبان ٥٨٨/١١، والترمذي ٦٥٢/٣، وأبو داود ٢٨٥/٣، والنسائي ٦٢/٤ عن جابر.

يقسم) إيجاب الشفعة للخليط، وهذا ما لا ننكره، ولا خلاف فيه. فأما قول من قال: فإذا وقعت الحدود، فلا شفعة، فقد قيل: إنه من لفظ الراوي أدرجه في الحديث، فلو ثبت أنه من لفظ النبي - صلى الله عليه وآله وسلم - كان يحتمل أن المراد أن الشفعة لا تجب بالقسمة؛ ووقوع الحدود، فيكون المقصد[١] بيان أن ذلك لا يوجب الشفعة، ولو كانت القسمة جارية مجرى البيع، ومشبهة له؛ ويحتمل أيضاً أن بعض[٢] الشركاء إذا باع حصته[٣]، ثُمَّ وقعت القسمة، بطلت الشفعة بينهما، على أن ترك الشفعة إلى أن تقع القسمة مبطل لها ليعلم أن طلب الشفعة على الفور؛ فأما تأويلهم الجار على الشريك، فهو بعيد؛ لأن الشريك في اللغة لا يسمى جاراً، وما حكي أن المرأة عبَّر عنها بالجار فذلك لا للشركة، إذ لا شركة بينها وبين الزوج، وإنما هو للقرب بالجسد بينهما، (فتشبه بالجار، وعلى هذا يحمل)[٤] قول الشاعر:

أجارتنا بيني فإنك طالقة

على أن ما ذهبنا إليه أولى؛ (لأنه يفيد شرعاً مجدداً، وتأويلنا هو يبقي الأمر على ما كان)[٥] عليه، /١٣٥/ والناقل (أولى بالتأويل من الثاني، كالعلة، ولأن ما ذهبنا إليه أحرى في دفع التأذي؛ لأن التأذي بالجار قد)[٦] يكون قريباً من التأذي بالشريك، وربما كان التأذي به أشد؛ لأن الجار له أن ينفرد بالأبنية المؤذية، وليس ذلك للشريك، على أن في أخبارنا نصوصاً لا تحتمل التأويل، فصار قولنا أولى.

مسألة: في الشفعة لأهل الذمة في ما مصَّره المسلمون

قال: وكل مصر مصَّره المسلمون، فلا شفعة فيه للذمي[٧].

---

(١) في (أ): المقصد أن.
(٢) في (أ): أحد.
(٣) في (أ): نصيبه.
(٤) ما بين القوسين بياض في (أ).
(٥) ما بين القوسين بياض في (أ).
(٦) ما بين القوسين بياض في (أ).
(٧) في (أ): لذمي.

[وهذا منصوص عليه في (الأحكام) [١] و (المنتخب) [٢]].

ووجهه: أن المصر لا حق لهم فيه إلا ما يملكون، فلا يفسح لهم في الشفعة؛ ليكون تفرقة بين المصرين، وكما روي عنه - صلى الله عليه وآله وسلم - من أن الإسلام يعلو ولا يعلى عليه، وقال تبارك وتعالى: ﴿وَجَعَلَ كَلِمَةَ الَّذِينَ كَفَرُوا السُّفْلَى وَكَلِمَةُ اللهِ هِيَ الْعُلْيَا﴾(التوبة:٤٠)، ولا يفسح لهم في مصر مصره المسلمون ليتحكموا فيه، ويعلوا.

مسألة: في شفعة أهل الذمة فيما مصروه

قال: فإن كان مصراً مصره الكفار، كان لأهل الذمة أن يشفع بعضهم على بعض، ولم يكن لهم شفعة على المسلمين.

[وهذا منصوص عليه في (الأحكام)[٣]].

ووجه منْعِهم أن يشفعوا على المسلمين ما قدمنا، ولأن الشفعة موضوعة لدفع التأذي، وقد أذن لنا في بعض الإيذاء لهم، قال الله تعالى: ﴿حَتَّى يُعْطُوا الْجِزْيَةَ عَن يَدٍ وَهُمْ صَاغِرُونَ﴾(التوبة:٢٩)، وقول[٤] النبي - صلى الله عليه وآله وسلم -: «إذا كنتم معهم في طريق، فألجئوهم إلى المضيق». وعن علي - عليه السلام - أنه حاكم نصرانياً إلى قاضيه شريح، فجلس إلى جنب شريح، وأجلس النصراني بين يديه، وقال: لولا أنك ذمي ما جلست إلا معك. فلم يُسوِ بين مجلسه ومجلس خصمه؛ لأنه كان ذمياً، وإن كان فيه بعض الإيذاء. فلما كان ذلك كذلك، لم يجعل للذمي شفعة على المسلم؛ إذ لا يدفع عنه جميع الأذى كما يدفع[٥] عن المسلم.

---

(١) انظر: الأحكام ٢/١١٠.
(٢) انظر: المنتخب ٢٢٧.
(٣) انظر: الأحكام ٢/١١٠.
(٤) في (أ): وعن.
(٥) في (أ): يدفعه.

مسألة: في شفعة أهل الذمة في الضياع والدور ونحوهما

قال في (المنتخب) [١]: والشفعة تجب لأهل الذمة في الضياع والدور[٢] والحيوان والعروض إلا الضياع التي تجب في غلاتها الأعشار.

الصحيح عندي هو ما ذكره[٣] في (المنتخب)؛ لأن الأخبار الواردة في الشفعة ليس فيها تخصيص الذمي من المسلم، ولأن سائر الأحكام لا فرق فيها بين الذمي والمسلم، فوجب أن تكون الشفعة كذلك، ولأن هذا الجنس من الأذى مما يعظم ويبقى، فيجب أن يكون مرفوعاً عن أهل الذمة، كما يرفع عن أهل الملة[٤]، مثل الرد بالعيب، وخيار الرؤية، وخيار الشرط، وضمان رهونهم، وما يجري مجراه، وقوله: «الإسلام يعلو ولا يُعلَى». ليس المراد به الحقوق والأحكام.

فأما منعهم الشفعة فيما تجب فيه الأعشار، فالمراد به إذا كان المشتري مسلماً، ووجهه أنه يؤدي إلى إسقاط حقوق الفقراء؛ لأن الذمي لا عشر عليه، فإن كان المشتري ذمياً، توجهت الشفعة عليه للذمي.

ولا شفعة للذمي في العبد المسلم تخريجاً؛ ووجهه: أنا نمنعه من إمساك العبد، فيجب أن نمنعه من أخذه بالشفعة، هذا إذا قلنا لا /١٣٦/ يصح أن يملكه بالشراء، وإن قلنا: إنه يصح أن يملكه بالشراء، ولكن يجبر[٥] على بيعه، لم يمتنع أن تثبت فيه شفعته.

مسألة: في الشفعة في الصداق والهبة

قال: ولا شفعة في الصداق.

[وهذا منصوص عليه في (الأحكام) [٦]]. وبه قال أبو حنيفة وأصحابه. وعند

---

(١) انظر: المنتخب ٢٢٧.
(٢) في (أ): والدور والعروض.
(٣) في (أ): قاله.
(٤) في (ب): الذمة، ونبه على ما أثبتناه في الهامش.
(٥) في (أ): لم يجبر.
(٦) انظر: الأحكام ٢/١٢٠.

الشافعي: فيه الشفعة، ولا شفعة في الصدقة، والهبة[١]. وعند ابن أبي ليلى، ومالك: في الهبة الشفعة.

والأصل في ذلك: أن الشفيع يأخذ الشيء بالبدل الذي حصل على المشتري من المال، فإذا حصل الشيء له بغير بدل هو مال، لم تجب الشفعة فيه؛ والدليل على ذلك أنه لو لم يكن الأمر على ما ذكرنا، لكان الشيء يؤخذ بقيمته، فلما لم يصح[٢] بقيمته، وأخذ بالثمن، صح ما ذهبنا إليه؛ ولا خلاف أنه لا شفعة في الإرث، وكذلك الصدقة، والهبة؛ لأنهما دخلا في ملكه بغير عوض؛ وربما قاسوه على البيع بعلة أنه دخل في ملكه باختياره، وهذا لا معنى له؛ لأن الاختيار لا تأثير له في هذا الباب؛ ألا ترى أن الشيء يدخل في ملك اليتيم والمجنون بالشراء ولا اختيار لهما، ومع هذا تجب فيه الشفعة؟ وأما الصداق، فإنه وإن كان في مقابلة البضع، فإن البضع لا قيمة له في الحقيقة؛ ولأن المهر لا يُملك به البضع، وإنما يستباح البضع به؛ على أنا لو أوجبنا أخذ المبيع بمهر المثل، كنا قد أوجبنا أخذ العوض بحسب أحوال المالكة في حسنها، وشبابها، وتزوجها، ونسبها، وثروتها[٣]، وهذا في نهاية البعد؛ (لأن إيجاب العوض بحسب)[٤] أحوال المشتري خلاف موضوع الشفعة، بل خلاف[٥] ما يتملك بالأعواض، على أن المحكي أن ابن أبي ليلى كان يوجب أخذ المبيع بقيمته، وهذا وإن كان بعيداً، وبخلاف موضوع الشفعة، فهو أقرب مما ذهب إليه الشافعي، وهذا يقتضي ألا شفعة في الخلع، وفي عوض المستأجر، وما أشبهه مما لا يكون عوضه مالاً، ومنه ما صولح به عن دم العمد، ويقاس ذلك على الصداق، أو يجعل دم العمد أصلاً.

---

(١) انظر: الأحكام ٢/١١٤، ١١٥.

(٢) في (أ): يضمن.

(٣) سقط من (أ) وثروتها.

(٤) ما بين القوسين بياض في (أ).

(٥) في (أ): خلاف سائرها.

مسألة: في الشفعة في الهبة التي على عوض

قال: والهبة على عوض تجب فيها الشفعة، وتؤخذ[1] بقيمة العوض.

[وهذا منصوص عليه في (الأحكام)[2] و(المنتخب)[3]].

وقول أبي حنيفة مثل قولنا، إلا أنه يوجب الشفعة بعد حصول التقابض، وفيهما[4] جميعاً أعني الهبة والعوض، وبه قال أبو يوسف، ومحمد. وقال زفر: تجب الشفعة إذا حصل الإيجاب والقبول، وإن لم يحصل التقابض؛ والأشبه أن يكون قولنا كقول زفر.

والأصل فيه: أن الهبة على العوض كالبيع، فكما أنه لو باع بعرض[5]، وجبت الشفعة، ولزمه قيمة العرض، كذلك إذا وهب على عوض؛ لأنه عقد معاوضة أوجب تمليك البدل، والمبدَل، ولا يشترط التقابض فيها، كما لا يشترط في البيع؛ إذ قد بينا أن ذلك مثل البيع، على أن من أصلنا أن الهبة تثبت من غير قبض، فلم يكن لاشتراط القبض في هذا /١٣٧/ معنى.

مسألة: في إيجاب الشفعة بالثمن دون القيمة

قال: وإذا بيعت أرض بأرض، أو دار بدار، وجبت الشفعة بقيمة العوض دون المأخوذ بالشفعة، وقيمته قيمته يوم عقد البيع.

[وهذا منصوص عليه في (الأحكام) و(المنتخب)[6]].

وهذا مما لا أحفظ فيه خلافاً.

والأصل فيه: إيجاب الشفعة بالثمن دون القيمة، فوجب أن يلزم فيه العوض؛ لأن العوض هو الذي يجري مجرى الثمن، ولأن الشفيع لو أوجبنا عليه الأخذ بقيمة المبيع

---

(١) في (أ): الشفعة يؤخذ.

(٢) انظر: الأحكام ٢/١١٤ - ١١٥.

(٣) انظر: المنتخب ٢٣٢.

(٤) في (أ): التقابض فيهما.

(٥) في (أ): بعوض.

(٦) انظر: الأحكام ١١٤، والمنتخب ٢٣٢.

دون الثمن، كان ذلك يؤدي إلى دخول الضرر على المشتري إن كان أعطى ما قيمته تزيد على قيمة المأخوذ بالشفعة، أو إيصال مزيد على ثمن المبيع إليه إن كان أعطى ما قيمته دون قيمة المأخوذ، والشفعة موضوعة على أن يخرج المشتري كفافاً حتى يكون سبيله سبيل الوكيل من غير أن يلحقه ربح أو خسران.

وقلنا: إن قيمتَه قيمتُه يوم عقد البيع؛ لئلا يلحق المشتري فيه الربح والخسران، فكذلك المسألة الأولى، ولأن الحق تعلق به يوم العقد، فوجب أن تعتبر قيمته يوم العقد.

مسألة: فيمن اشترى ضيعتين صفقة لإحداهما شفيع

قال: وإذا اشترى رجل ضيعتين متفرقتين في صفقة واحدة، ولإحدى الضيعتين شفيع، أخذ ما له فيه الشفعة، وفرّق الصفقة.

[وهو منصوص عليه في (المنتخب) [١]].

وحكي عن الناصر أنه قال: يأخذ الجميع، أو يترك الجميع، والصحيح ما ذهبنا إليه، وبه قال أبو حنيفة وأصحابه؛ وذلك أن حق الشفيع تعلق بإحدى الضيعتين، فوجب أن يكون المأخوذ إحداهما، كالرد بالعيب؛ ألا ترى أن إحدى الضيعتين لو وجد فيها عيب، لكانت هي المردودة دون الأخرى؟ لأن حق الرد بها تعلق، وكذلك لو استحقت إحداهما، كانت[٢] مأخوذة؛ لأن حق الاستحقاق بها تعلق، فكذلك الشفعة يجب أن يكون المأخوذ بها إحداهما، على أن الموجب للشفعة هو الشركة في المبيع، أو في طريقه، أو في شربه، أو الجوار الملاصق، وليس بينه وبين الضيعة الأخرى شيء من ذلك، فيجب ألا يؤخذ بالشفعة قياساً على ما يُشترى في صفقتين.

مسألة: في الشفعة للصبي والغائب

قال: وإذا كانت للصبي شفعة، كان له أن يطالب بها إذا كبر، وإن كانت للغائب، كان له أن يطالب بها إذا حضر.

---

(١) انظر: المنتخب ٢٢٨.

(٢) في (أ): كانت هي مأخوذة.

[وهذا منصوص عليه في (الأحكام) [١] و (المنتخب) [٢]] .

وذلك أن حقهما ثابت، فلا يبطل للصغر ولا للغيبة؛ لأن الصغر والغيبة لا يُبطلان شيئاً من الحقوق الثابتة، (فكذلك حق الشفعة، إلا أن يكون عرض ما يبطله على ما نبينه من بعد) [٣].

مسألة: في الشريكين يبيع كلّ حصته دون علم الآخر

قال: وإذا كانت أرض بين رجلين، فباع أحدهما حصته من رجل آخر، ولم يُعلم شريكه، ثم باع الشريك الآخر حصته من آخر، ولم يَعلم ببيع /١٣٨/ شريكه الذي باع قبله، فليس للبائع الأخير ولا لمبتاعه فيه شفعة على المشتري الأول.

[وهذا منصوص عليه في (الأحكام) [٤]].

(ووجهه: أن ما كان يستحق به الشفعة قد خرج عن ملكه) [٥] فبطلت [٦] شفعته، كالأجنبي؛ ألا ترى أنه لما لم يكن بينه وبين المشتري شيء من حقوق الشفعة قائم، لم يكن له شفعة؟ فكذلك الشريك إذا باع نصيبه، على أن الشفعة موضوعها - والله أعلم- لدفع ضرر [٧] المشاركة والمجاورة، فإذا باع الشريك نصيبه، خرج من أن يكون يخاف أذىً، أو ضرراً بالمشاركة، فزال سبب الشفعة، فوجب ألا تكون له شفعة، وأما مشتريه فإنه ملك بعد ما ملك المشتري الأول، فلم يكن له عليه شفعة؛ لأن الشفعة لم تدخل عليه في شربه، أو جواره، ويجب أن يكون للمشتري الأول الشفعة على المشتري الثاني؛ لأنه داخل عليه في الشركة، كما تثبت له على مشترٍ ثالث لو دخل عليه في الشركة، والعلة دخوله عليه في الشركة.

---

(١) انظر: الأحكام ٢/١٠٦، ١١٧ - ١١٨، ١٠٨.
(٢) انظر: المنتخب ٢٣١.
(٣) ما بين القوسين بياض في (أ) ، (ب).
(٤) انظر: الأحكام ٢/١١٨.
(٥) ما بين القوسين بياض في (أ).
(٦) في (أ): فيطلب.
(٧) في (أ): أذى الضرر.

مسألة: في الشفعة على الرؤوس أو الأنصبة

قال: والشفعة[١] على عدد الرؤوس، لا على عدد[٢] الأنصباء.

[وهذا منصوص عليه في (الأحكام)[٣] و (المنتخب) [٤]]. وبه قال أبوحنيفة وأصحابه، وأحد قولي الشافعي، وله قول آخر إنها على عدد[٥] الأنصباء.

ووجهه: ما ذكره يحيى بن الحسين - عليه السلام - من أن صاحب النصيب الأقل لو انفرد، لاستحق الجميع، كما يستحقه صاحب الأكثر؛ فإذا اجتمعا، وجب أن يقسم المشفوع فيه بينهم بالسوية، كالرجلين يدعيان شيئاً ولأحدهما شاهدان، وللآخر ثلاثة من الشهود، يُقسم الشيء بينهم بالسوية؛ والعلة أن كل واحد منهما لو انفرد، لاستحق الجميع، وكذلك الابنان والأخوان في الإرث؛ ولا خلاف[٦] في الجارحين لو جرح أحدهما جراحة، واحدة، والآخر جراحات عدة، فمات المجروح، أن الدية تلزمهما على سواء؛ وكذلك العبد إذا كان بين ثلاثة، لأحدهم السدس، وللآخر الثلث، وللآخر[٧] النصف، فأعتق صاحب السدس والثلث، أن النصف يقوم[٨] بينهما على سواء؛ والعلة في الجميع أن كل واحد منهم لو انفرد، لقُضي عليه بذلك، فلو[٩] اجتمعا، قضي عليهما على سواء، فكذلك في الشفعة.

فإن قيل في المُدعِيَين: إن الحق وجب بالشاهدين لصاحب الشهود الثلاثة، والثالث لا تأثير له.

---

(١) في (أ): والشركة. وظنن على ما أثبتناه في الهامش.

(٢) في (أ): عدد قدر.

(٣) انظر: الأحكام ١١٨/٢.

(٤) انظر: المنتخب ٢٢٩.

(٥) في (أ): أنه على قدر.

(٦) في (أ): على هذا لا خلاف.

(٧) في (أ): ولآخر.

(٨) في (أ): يكون.

(٩) في (أ): فإذا.

قيل له: والحق وجب للشفيع بأقل القليل في الملك، والزائد لا تأثير له.

فإن قيل: العلة في الجراحات أنها تسري في البدن، ولا نعلم أيها كان سبب القتل، فسوَّينا بينهما على عدد الرؤوس.

قيل له: لو /١٣٩/ كانت العلة ما ذكرتَ، لوجب أن يجعل لكل جراحة حظ السراية، فكان الواجب توزيع الدية على الجراحات؛ لكن العلة ما ذكرنا، وهذا ظاهر.

مسألة: في إقالة المشتري البائع عند مطالبة الشفيع

قال: وإذا اشترى أرضاً، وقام فيها شفيع، لم يكن للمشتري أن يقيل فيها البائع، إلا أن يترك الشفيع شفعته.

[وهذا منصوص عليه في (الأحكام) [١]].

المراد بهذا أنه يكره له الإقالة فيما بينه وبين الله؛ لأنه يكون مانعاً في الحال للشفيع شفعته، أو يكون المراد به أن الإقالة لا تُبطل شفعته؛ لأن الإقالة تقع، (قد نص يحيى - عليه السلام - أنها كالبيع[٢]، والبيع الثاني لا يسقط الشفعة، والإقالة تقع)[٣] إن أقال المشتري، ما لم يؤخذ المشترَى، وله أن يتصرف فيه بما شاء من بيع، أو هبة، أو مؤاجرة، أو استهلاك لا يمنع من شيء منه حكماً، وإن لم يستحب له فيما بينه وبين الله تعالى إلا التسليم والتشفيع، فكذلك الإقالة يجب أن تقع صحيحة، وإن كُرهت؛ فإن أقال، وكان الشفيع[٤] قد أبطل شفعته في البيع الأول، فله الشفعة بالإقالة تخريجاً؛ لأن يحيى بن الحسين - عليه السلام - قال: «الإقالة كالبيع سواء». ولو سلم الشفيع الشفعة حين اشترى المشتري، ثم باع المشتري ما اشتراه، كان للشفيع الشفعة في البيع الثاني، فكذلك الإقالة[٥] على مذهبه، إذ هي بيع.

---

(١) انظر: الأحكام ٢/١٠٩ - ١١٠.
(٢) انظر: الأحكام ٢/١١٠.
(٣) ما بين القوسين سقط من (أ).
(٤) في (ب): الشفيع أبطل.
(٥) في (أ): فكذلك البيع.

مسألة: في الشفيع يستغلي المشفوع

قال: وإذا استغلى الشفيع، فترك الشفعة، ثم استحط المشتري شيئاً من الثمن، فحط البائع عنه، كان للشفيع أن يأخذها من المشتري بالثمن الثاني.

[وهذا منصوص عليه في (الأحكام) (١)].

لأن الحط يلحق الثمن، فإذا صار الثمن (أقل، فله أخذه به؛ لأنه ترك)(٢) حين كان الثمن أكثر، فإن ترك الجميع من الثمن، كان الواجب أن يأخذ بجميع الثمن؛ لأنه إذا ترك الجميع، لم يبق من الثمن شيء يجوز تعلق الحكم به، ووجب الرجوع إلى الجميع، وبه قال أبو حنيفة وأصحابه، وأيضاً الحط والزيادة يلحقان العقد حتى يكونا في الحكم كأنَّ كل واحد منهما كان مع العقد، وحط الجميع لا يصح أن يلحق العقد؛ لأنه يكون بمنزلة عقد بلا ثمن، فيجب أن يكون إبراء، وإذا كان إبراء، وجب على الشفيع أن يأخذه بجميع الثمن.

مسألة: في اشتراط المشتري منع الشفعة

قال: وخيار المشتري إذا كان مشروطاً في العقد، فإنه لا يمنع الشفعة.

[وهذا منصوص عليه في (الأحكام) (٣)].

لأن الشفيع يصير أولى بالعقد وحقوقه من المشتري، وقد انقطع عنه حق البائع، وخرج الشيء عن ملكه، فوجب أن يكون للشفيع أخذه، وإبطال خيار المشتري. وبه قال أبو حنيفة وأصحابه، وأحد قولي الشافعي. قال ابن أبي هريرة في (التعليق)، ويحتمل على قول له آخر ألا يكون للشفيع أخذه حتى يختار المشتري إمضاء البيع، قال: لأن له أن يقول: لا أضمن عهدة شيء لا أختاره، وهذا لا معنى له؛ لأنه لا يدخل في العهد باختياره، وإنما العهدة قد لزمته /١٤٠/ حين استحق الشفيع بانقطاع

---

(١) انظر: الأحكام ٢/١١٠ - ١١١.

(٢) بياض في (أ).

(٣) انظر: الأحكام ٢/١١٣.

ملك البائع عنه، كما أنه لو كان به عيب، كان للشفيع أن يرضى به، ويأخذه، ويبطل خيار المشتري فيه، فكذلك الخيار المشروط؛ فأما إذا كان الخيار للبائع، أو لهما، فلا شفعة فيه حتى ينقطع خيار البائع؛ لأن ملك البائع لم يزل عنه بعد، بل هو على ملكه، وهذا ما لا أعرف فيه خلافاً؛ ومتى اختار البائع إمضاءه، وجبت الشفعة للشفيع.

مسألة: في حضور الشفيع الأولى

قال: وإذا أخذ الشفيع شفعته، ثم حضر شفيع أولى منه، وطلب الشفعة، أخذها من الشفيع الأول.

[وهذا منصوص عليه في (الأحكام) [1].

وذلك] لأن الشفيع الأول إنما ثبتت[2] له الشفعة بأن يتركها[3] من هو أولى؛ فإذا لم يتركها، وطلبها من هو أولى، كانت الشفعة للأولى دون من أخذها أولاً؛ ألا ترى أنهما لو حضرا جميعاً، سقطت شفعة أحدهما؟ فكذلك إذا حضر الأولى بعد أخذه، وهذا مما لا خلاف فيه.

مسألة: في الشفعة في الدار في زقاق لا منفذ له

وإذا بيعت الدار في زقاق لا منفذ له، كانت الشفعة للأقرب إليها فالأقرب.

[وهو منصوص عليه في (المنتخب) [4]].

اعلم أن المراد به الأخص في شركة الطريق، كزقاق فيه ثلاث دور، اثنان مشتركان في موضع من الطريق لا شركة[5] فيه للثالث، والباقي شرك للجميع،

---

(١) انظر: الأحكام ٢/١١٣ - ١١٤.

(٢) في (أ) تثبت.

(٣) في (أ): تركها.

(٤) انظر: المنتخب ٢٢٧.

(٥) في (أ): شرك.

وكذلك إن كثرت الدور في الزقاق، والأصل فيه أن الخليط لما كان أخص بالشركة من الشريك في الطريق، كان أولى بالشفعة من الشريك في الطريق،؛ لأن الشريك في الأصل له الشركة[1] حيث لا شركة فيه (للشريك في الطريق، وللشريك في الأصل)[2] حيث فيه الشركة للشريك في الطريق، فكذلك ما ذكرناه[3].

مسألة: في الشفعة بما اشتري بمال المضاربة

قال: والمضارب إذا اشترى حائطاً، وبيع إلى جنبه حائط، نُظر فيه، فإن كانت قيمة الحائط الأول زائدة على رأس المال، كانت الشفعة للمضارب، ولصاحب المال جميعاً، وإن كانت لا تزيد على ذلك، كانت الشفعة لصاحب المال دون المضارب.

[وهو منصوص عليه في (المنتخب) و (الأحكام)[4]].

ووجهه: أن الزيادة على رأس المال تكون بين المضارب وصاحبه، فمتى زادت القيمة، حصل فيه شركة للمضارب، فوجب أن يكون له فيه شفعة، كالشريكين في دار إذا بيعت إلى جنبها أخرى، كان لكل واحد منهما فيها شفعة، فأما إذا لم يكن في ذلك زيادة على رأس المال، فلا حق فيه للمضارب، فلذلك أبطلنا شفعته؛ لأنه ليس شريكاً في الحائط المشترَى أولاً، هذا إذا كانت المضاربة صحيحة، فأما إذا كانت فاسدة، فالشفعة على الوجوه كلها لصاحب المال دون المضارب تخريجاً؛ لأن من مذهب يحيى - عليه السلام - إذا كانت المضاربة فاسدة فإنما له أجرة عمله، فعلى هذا لا يكون له شرك في /١٤١/ الحائط على وجه من الوجوه، فلذلك قلنا إنه لا شفعة له بتة.

---

(١) لعله الشفعة.

(٢) ما بين القوسين بياض في (أ).

(٣) سقط من (أ) ما ذكرناه.

(٤) انظر: المنتخب ٢٣٩، والأحكام: ١٣٥/٢.

باب القول فيما تبطل به الشفعة

مسألة: في أن الشفعة تبطل بترك الطلب

إذا حضر الرجل عقد بيع له فيه شفعة، فلم يطالب بشفعته[١] ساعة ينعقد البيع، بطلت شفعته.

[وهذا منصوص عليه في (الأحكام) [٢] و (المنتخب) [٣]]. وبه قال أبو حنيفة وأصحابه، وأحد قولي الشافعي.

والأصل فيه: ما روي عنه صلى الله عليه وعلى آله وسلم أنه قال: «الشفعة كنشطة عقال، فإن قيدها مكانه، ثبت حقه، وإلا فاللوم عليه»[٤]. وما روي عنه - صلى الله عليه وآله وسلم - أنه قال: «الشفعة لمن واثبها»[٥]. ولا خلاف بين العلماء أن من ترك طلبها مدة طويلة من غير عذر، بطلت شفعته، فكذلك إن[٦] تركها مدة قصيرة، والعلة إعراضه عن طلبها لغير عذر، ولأنه يؤدي إلى تعليق حق المشتري، فوجب أن يكون ذلك مبطلاً لشفعته، قياساً على تركه مدة طويلة؛ ويمكن أن يقاس بهاتين العلتين على قبول البيع في المجلس، إذ الإعراض عنه[٧] في المدة القصيرة[٨] مبطل لحقه بالإجماع - أعني في القبول - فإن كان المانع من ذلك عذراً، كالخوف من ظالم، أو ما أشبه ذلك، لم تبطل شفعته؛ فإذا زال العذر، عاد الأمر كما كان في أنها تبطل إن لم يطلبها، وذلك أن المعاذير لها تاثير في مثل هذا؛ ألا ترى أنه لو

---

(١) في (أ): شفيعه.
(٢) انظر: الأحكام ٢/١١٧.
(٣) انظر: المنتخب ٢٣٠.
(٤) ذكر في التلخيص ٣/٥٦ أن ابن حزم رواه عن ابن عمر مرفوعاً.
(٥) نسبه في التلخيص ٣/٥٦ إلى القاضي الماوردي وغيره.
(٦) في (أ): إذا.
(٧) في (ب): عنها.
(٨) في (أ): اليسيرة.

باع واشترى، أو أقر مكرهاً، لم يقع شيء من ذلك؟ وكذلك عندنا الطلاق والعتاق والنكاح، فكذلك السكوت عن طلب الشفعة إذا كان لما ذكرنا؛ والذي يجب أن يعتبر في الخوف هو ما نعتبره في باب الإكراه. وإن كان خوفاً يسيراً، كالخوف من الوحشة، أو ما جرى مجراها، لم يؤثر، وبطلت الشفعة كما نقول ذلك في الإكراه.

وحكي عن بعض أصحاب أبي حنيفة أن الشفعة تبطل إذا سكت خوفاً، وشبهوه بخيار القبول في المجلس، والفصل بينهما أن العذر لا يؤثر فيه؛ ألا ترى أن الشفيع[١] لو خفي عليه أن البائع قد أوجب، لم تبطل شفعته بالإعراض، وكذلك الشفيع لو تركها ظناً منه أن البيع بألف، ثم علم أن البيع بأقل، لم تبطل شفعته؟ وليس كذلك خيار القبول؛ والغائب[٢] إذا بلغه خبر البيع، إن لم يشهد على أنه مطالب بشفعته، و لم يبعث بذلك إلى المشتري أسرع ما يمكنه، بطلت شفعته على ما بينا، إلا أن يمنعه ما ذكرنا، وذلك أن طلب الغائب هو بالإشهاد والإنفاذ، فمتى قصر في واحد من الأمرين، بطلت شفعته على ما بيناه، والصغير إذا بلغ فقصر، بطلت شفعته على مابيناه.

مسألة: في الشفيع يترك الطلب جاهلاً

قال: ولو أنهم تركوا ما يجب عليهم في /١٤٢/ ذلك، وتهاونوا يوماً، أو يومين، أو أقل، أو أكثر لجهلهم بذلك، لم تبطل شفعتهم.

[وهذا منصوص عليه في (الأحكام)[٣]].

وهذا عندي ضعيف؛ لأن سائر ما قدمنا ذكره يوجب إبطالها بهذا، ووجهه[٤] مع ضعفه: أن الشفعة موضوعة لدفع الضرر، فلو ضيَّقنا على الشفيع حتى تبطل الشفعة لأمرٍ جهله، و لم يُحط به علمه، لم نكن دفعنا عنه الضرر، ولا أعرف خلافاً في تأجيل

---

(١) ظنن على المشتري في (ب).

(٢) في (أ»: في الغائب.

(٣) انظر: الأحكام ٢/١١٦ — ١١٧.

(٤) في (أ): ما ضعفه.

الشفيع مُدَيْدَةً تحمّل المال، وقد تسومح في ذلك ليتم دفع الضرر عنه، فكذلك ما ذكره، ويمكن أن يتعلق لذلك بقوله - صلى الله عليه وآله وسلم -: «رفع عن أمتي الخطأ، والنسيان، وما استكرهوا عليه». ولأن جهله بالبيع يمنع من سقوط حقه، فكذلك جهله بما يلزمه في الطلب.

فأما ما يوضح الوجه الأول، فهو أنه لا شبهة في المشتري لو جهل أن قبوله الإيجاب في المجلس من البائع يبطل حق القبول، وكذلك القابل النكاح، لم يمنعه ذلك من بطلان حقه، وكذلك من اشترط خيار[١] الثلاث لو جهل أن سكوته إلى أن تمضي المدة يبطل خياره، فسكت[٢] حتى تنقضي مدة الخيار، لم يمنع ذلك سقوط خياره.

والأصل في هذا: أن هذه أمور تتعلق بالأقوال والأفعال فقط، فلا يؤثر فيها الجهل والعلم، ويوضح ذلك ما رواه زيد بن علي (عن أبيه، عن جده - عليهم السلام-)[٣] أن رجلاً أتى علياً - عليه السلام - فقال: عبدي تزوج بغير إذني، فقال علي: «فرق بينهما». فقال السيد لعبده: طلقها ياعدو، الله فقال له علي - عليه السلام -: «قد أجزت النكاح، فإن شئت أيها العبد، فطلق، وإن شئت، فأمسك»[٤]. ومن المعلوم أن سيد العبد لم يعلم أن قوله ذلك موجب لتثبيت نكاح عبده لذلك، قال: وعلـــي - عليه السلام - لم يعتبر جهله، وأوجب وقوع ما اقتضاه لفظه، وإن وقع بغير علم، فكذلك ما مضى فيما يبطل الشفعة لا يعتبر فيه علمه، ولا جهله.

فأما صفة الخبر الذي إذا بلغه تعلق الحكم به، فقد اختُلف فيه، فحكى أبو الحسن الكرخي عن أبي حنيفة، وزفر، أن الخبر يجب أن يكون من رجلين عدلين، أو رجل وامرأتين عدول. وحكي عن بعض أصحابه أنه يجيء على قياس قوله أن يخبر رجل عدل. وحكي عن أبي يوسف، ومحمد، أنهما اعتبرا في الخبر أن يكون الخبر[٥] حقاً،

---

(١) في (أ): اشترى بخيار.
(٢) في (أ): فيسكت.
(٣) سقط من (أ) ما بين القوسين.
(٤) المسند كتاب البيوع، باب نكاح العبيد.
(٥) في (أ): يكون حقاً.

سواء كان المخبر حراً، أو عبداً، أو صبياً، أو امرأة، أو عدلاً، أو غير عدل[١]، بعد أن يكون الخبر صدقاً، ولا أحفظ فيه عن أصحابنا[٢] نصاً؛ والذي عندي فيه أن الخبر يجب أن يكون ما يغلب على ظنه أنه صدق من غير مراعاة أحوال المخبِر؛ لأن أكثر أحوال[٣] المعاملات يتعلق به، كقبول الهدايا، وطهارة الشيء، ونجاسته، وكالاستباحات التي تكون بين الناس، وما أشبه ذلك، هذا فيما للإنسان /١٤٣/ وعليه فيما بينه وبين الله تعالى، فإن أراد أن يُلزم أمراً غيره، فلا بد من شهادة تامة وعدالة، وما ذكرنا من أمر[٤] الشفعة هو شيء بينه وبين الله تعالى، ويسقط حقه، وليس فيه إلزام الغير شيئاً، فوجب أن يراعى في الخبر أن يكون مغلباً للظن، على أن الأخبار التي لا تغلب الظن لا تأثير لها في سائر الأحكام، فوجب أن يكون خبر الشفعة كذلك، ولأن ذلك ليس بحكم، فلا يجب أن تراعى فيه العدالة، كما قلنا في قبول الهدايا، وما أشبهه؛ فإذا بلغ الرجل خبر بيع على صفة، فكان عنده أنه بيع فاسد، فترك الشفعة، كان ذلك تسليماً، وإن علم بعد ذلك أن الحاكم قد أجاز ذلك البيع؛ لأن تسليمه لكونه على صفة كان عليها، والصحة والفساد حكمان يتبعان تلك الصفة، فيجري مجرى أن يعتقد ألا شفعة بالجوار، فيترك شفعة دار[٥] بيعت إلى جنب داره، في أنه ليس له أن يعود إلى طلب الشفعة إذا علم أن الحاكم يحكم له بها، وكذلك لو بلغه أن الشراء بعرض، فقدَّر ألا شفعة، فتركها، كان ذلك تسليماً.

مسألة: في تأجيل الشفيع بالثمن

قال: ويؤجل الحاكم الشفيع بالثمن يوماً إلى ثلاثة أيام، وإن رأى الصلاح في أن يزيده، فعل، وإن لم يوفر الشفيع بعد الأجل، بطلت شفعته.

---

(١) في (أ) ذلك.
(٢) في (أ): أصحابه.
(٣) في (أ): أمور.
(٤) في (أ): خبر.
(٥) في (أ): شفعة جوار.

[وهذا منصوص عليه في (الأحكام) و (المنتخب) [(١)]].

بهذا القدر من التأجيل - وهو ثلاثة أيام - رأي أكثر العلماء.

ووجهه: أن الثلاث جعلت تقديراً في كثير من الأشياء، جعلت تقديراً في استتابة المرتد، وفي قصة موسى صلى الله عليه حين قال في المرة الثالثة: ﴿قَدْ بَلَغْتَ مِن لَّدُنِّي عُذْرًا﴾(الكهف: ٧٦)، فكان ذلك تقديراً حسناً، ولأن الشفعة وضعت لدفع المضارة، فلو ضيقنا على الشفيع، و لم نفسح له في القدر، كنا قد أدخلنا الضرر عليه، وكذلك لو فسحنا له في مدة طويلة، كنا قد أدخلنا الضرر على المشتري، ورأينا هذا القدر تقديراً حسناً، لما بيناه، ولما عليه معاملات الناس؛ فإن لم يأت بالمال في هذه المدة، نظر فيه، فإن كان الحاكم قد أجله تأجيلاً مطلقاً، لم تبطل شفعته، وإن كان حكم ببطلان شفعته إن لم يأت بالمال، واشترط المشتري عليه، بطلت شفعته.

قلنا: إن التأجيل المطلق لا يوجب بطلان الشفعة إذا لم يحصل الثمن؛ لأنه قد استحق الشفعة بالطلب، وتأخير التوفير لا يؤثر فيه، كما أن الحاكم لو كان حكم له بها، لم يؤثر ذلك[(٢)] فيه، وأما إذا حكم الحاكم ببطلان الشفعة إن لم يحصِّل الثمن، فيجب أن ينفذ الحكم؛ لأنه لا بد من قطعه الأمد، وإذا قطع الحاكم، صح ذلك، وكذا إن[(٣)] اشترط الشفيع ذلك؛ لأنه بطلب الشفعة له تعلق بهما جميعاً، كأن يقول إن كان المشتري هو زيد، فقد سلمت الشفعة، فيكون زيد هو /١٤٤/ المشتري، تكون شفعته قد بطلت.

مسألة: في عُدْم الشفيع

قال: وإذا ثبت عند الحاكم عُدْم الشفيع، لم يحكم له بالشفعة.

[وهذا منصوص عليه في (المنتخب) [(٤)]].

---

(١) انظر: الأحكام ٢/١٢٠. والمنتخب ٢٢٨.

(٢) سقط من (ب) لم يؤثر ذلك.

(٣) في (أ): إذا.

(٤) انظر: المنتخب ٢٣١.

قد نبه بذلك أن الحاكم له أن يحكم قبل إحضار المال، لهذا استثنى المعدم، وإن كان الأولى ألا يحكم إلا بعد إحضار المال؛ لئلا يقع فيه التَّوى والضرر على المشتري، وبه قال محمد بن الحسن - أعني أن الحاكم لا ينبغي له (أن يحكم إلا بعد إحضار المال - فأما إذا صح إعدامه عند الحاكم، فلا يجوز)[1] أن يحكم له بالشفعة؛ لأنه يكون قد أدخل الضرر على المشتري، وعرَّض ماله للتوى، وعلى الحاكم أن ينظر للخصمين نظراً يوفي كل واحد منهما حقه.

مسألة: في غياب الشفيع بعد رضا المشتري بالشفعة

قال: وإذا طلب الشفيع الشفعة، فقال له المشتري: احمل الثمن، فمضى ولم يعد، يكون على شفعته متى عاد، والمشتري يطالبه عند الحاكم.

[وهو منصوص عليه في (المنتخب) [2]]. وهذا هو الأشهر من قول أبي حنيفة، والشافعي. وقال محمد: إن عاد فيما بينه وبين شهر، وإلا بطلت شفعته، وذكر يحيى[3] بن الحسين - عليهم السلام - في (الفنون)[4] نحو هذا القول، ولم يحده بشهر. والأصح ما ذكره في (الأحكام) من أنه يكون أبداً على شفعته حتى يُسلّم، أو يحكم الحاكم بإبطالها.

ووجهه: ما مضى من أنه قد استحق بالطلب، ووجب حقه، والسكوت وتأخير توفير الثمن لا يبطلها، كما لا يبطل لذلك سائر الحقوق الواجبة؛ ولأن أحداً لا يقول إن ذلك على الفور، بل يفسح له في المدة، فوجب أن يكون كثير المدة كقليلها، كسائر الحقوق، وكما نقول إن يسير المدة ككثيرها[5] في ترك الطلب.

ووجه القول الآخر: أنه يؤدي إلى تعليق ملك المشتري، وقد بينا أن له أن يرافعه

---

(١) ما بين القوسين سقط من (أ).

(٢) انظر: المنتخب ٢٣٠ - ٢٣١.

(٣) في (ب): وقال يحيى.

(٤) انظر الفنون ٤٤٣.

(٥) في (ب): كثرها.

إلى الحاكم، فيمنع ملكه عن التعليق، فإن لم يفعل يكون هو الذي علق ملكه، وحق الشفيع يكون ثابتاً كما بيناه.

مسألة: في مطالبة الشفيع للبائع بالشفعة

قال: وإذا أعرض[١] الشفيع عن مطالبة المشتري بالشفعة، وطلب البائع، بطلت شفعته، إلا أن يكون فعل ذلك جهلاً.

[وهذا منصوص عليه في (الأحكام) [٢].

وذلك] لأن الملك قد صار للمشتري، وخرج عن البائع، والشفيع عليه يستحق الملك بالشفعة، فيجب أن يكون هو المطالَب - أعني المشتري - بالشفعة، ولا خلاف أنه بعد القبض وتراخي الزمان لا يجوز له إلا مطالبة المشتري، فكذلك قبل القبض، والعلة ما ذكرناه من حصول الملك للمشتري، فإذا صح ذلك، ثم[٣] أعرض عن المشتري، وطالب البائع بالشفعة، فقد سلم الشفعة للمشتري بإعراضه عنه، ولا مطالبة له على البائع لما بيناه.

وأما اعتبار الجهل في ذلك، فوجهه ما تقدم، على أنه يضعف لما بيناه قبل هذا.

مسألة: في أخذ الجعل على الشفعة وفي بيعها وهبتها

قال: ولا يجوز للشفيع /١٤٥/ أن يأخذ جعلاً على تسليم شفعته، ولا على[٤] أن يبيعها، ولا أن يهبها لغيره.

[وهذا منصوص عليه في (الأحكام)[٥]].

وقلنا[٦] في جميع ذلك إن فعل أبطل شفعته تخريجاً.

---

(١) في (أ): عرض.
(٢) انظر: الأحكام ٢/١١٧.
(٣) في (أ): ثمة.
(٤) في (أ): ولا هي إن.
(٥) انظر: الأحكام ٢/١٠٨، ١١٨.
(٦) في (أ): وقلنا أنه.

(ووجهه: أن الشفعة حق، وليست عيناً) فيتأتّى فيه المعاوضة، أو البيع، (أو الهبة، ولأنه يستحقها بسبب لا) يصير ذلك السبب لغيره بأخذ الجعل، أو بيع الشفعة، أو هبتها، فوجب أن يكون باطلاً؛ دليله الولاء، والنسب.

وقلنا: إن فعل ذلك بطلت شفعته؛ لأنه يكون مُسلماً لها، ومعرضاً عن المطالبة (بها، ومخرجاً لنفسه عن استحقاقها)؛ ألا ترى أنه إذا أخذ الجعل على التسليم، فقد حصل التسليم، وإذا باعها، أو وهبها (يكون قد أخرج نفسه من الشفعة)، وفي إخراجه نفسه منها تسليمها، كما أنه لو قال: برئت من هذه الشفعة (كان ذلك تسليماً)[1]، والعلة أنه إخراج نفسه منها.

فإن قيل: فإذا قلتم إن هبتها وبيعها لا يصح، فكيف يكون مخرجاً نفسه منه، فما أنكرتم أن يكون إذا لم يصح ذلك أن يكون على شفعته؟

قيل له: لأن بيع الشيء وهبته يقتضي شيئين: أحدهما إخراج نفسه منه، والثاني تحصيله لغيره، والشفيع وإن لم يصح منه تحصيل الشفعة لغيره، يصح إخراج نفسه منها، وإذا تضمن البيع والهبة ذلك، لم يثبت ما لا يصح، وثبت ما يصح.

فإن قيل: فهل تقولون في سائر الحقوق إنها تبطل بهذا القدر؟

قيل له: لا نقول ذلك في سائر الحقوق، لأنها لا تبطل بقول القائل: أخرجت نفسي منه وأسلمته[2]، والشفعة تبطل بذلك، ولأن الشفعة تبطل بالدلالة كما تبطل بصريح اللفظ.

مسألة: في موت الشفيع قبل الطلب

وإذا مات من له الشفعة قبل الطلب، لم يقم ورثته مقامه، وبطلت شفعته.

[وهو منصوص عليه في (المنتخب)[3].

---

(١) ما بين الأقواس بياض في (أ).

(٢) في (أ): واستلمته.

(٣) انظر: المنتخب ٢٢٨.

وذلك] لأنه ليس له حق ثابت فيقوم ورثته مقامه، وإنما له طريق إلى أن يثبت حقه.

والدليل على ذلك ما روي عن النبي صلى الله علي وآله أنه قال: «الشفعة كنشطة عقال فإن قيد مكانه، ثبت حقه، وإلا فاللوم عليه إذا لم يقدر عليها». وما روي أن الشفعة لمن واثبها، والميت لم يفعل ذلك حين لم يكن منه طلب، فلم يكن له حق ثابت، وإذا لم يثبت الحق ، لم يستحقه الوارث؛ ألا ترى أنه إن أمكنه أن يملك أرضاً بالإحياء، فمات قبل أن يفعل، لم يرثها ورثته؟ كذلك إذا مات من يمكنه تثبيت حقه من الشفعة من قبل أن يفعل ذلك لم يقم مقامه ورثته، فإذا مات بعد الطلب، قام الورثة مقامه؛ لأنه حق ثابت، ومعنى الثابت أنه لا يبطل بالسكوت، /١٤٦/ وأنه لا بد لإبطاله من لفظ، أو دلالة، أو حكم، والحقوق الثابتة في الأموال يقوم الورثة مقام الموروث فيها، كالرد بالعيب، وما أشبهه وكالإجارات، ولا يلزم خيار الثلاث، وخيار الرؤية؛ لأنها قبل الطلب حق يسقطه السكوت مع مرور الزمان، فوجب ألا يورث. دليله خيار القبول في المجلس، فأما بعد الطلب، فهو حق لا يسقطه إلاَّ الصريح من الإسقاط، أو ما يقوم مقامه من قول أو فعل، فوجب أن يورث كسائر الحقوق الثابتة، فبان أنه حق معلوم غير ثابت ،وليس الغرض تشبيه الرؤية بالطلب، وإنما الغرض بيان تعلق الحق فيهما، ولهذه الجملة نقول إن الشفيع إذا قصر في طلب الشفعة، بطلت شفعته، وإن قصر بعد الطلب، لم تبطل.

مسألة: في ترك ولي اليتيم والصغير للشفعة

قال: وولي اليتيم ووالد الصغير إذا تركا الشفعة تحرياً لغبطة اليتيم، أو لعُدم ماله، بطلت شفعته، وإن تركا لغير ذلك، كان الصغير على شفعته إذا بلغ.

ووجهه: أن كل [(١)] ما يفعله الوصي، أو الأب، جائز على الصغير من البيع والشراء متحرياً لغبطة الصغير، وليس تسليم الشفعة بآكد من ذلك، فيجب أن يجوز، فكذلك إن سلمها لعدم مال اليتيم؛ لأن ذلك في تلك الحال لا يمكن غيره؛ فهو كأن يبيع ماله للإنفاق عليه (من ضرورة، فإنه جائز)[(٢)] إذ لا يمكن[(٣)] غيره، فأما لو تركاها

(١) في (أ): أن ما.

(٢) ما بين القوسين بياض في (أ).

(٣) إذا لم يكن في (أ) وهامش (ب).

تهاوناً، فقد ضيعا حقه، فلا يصح ما فعلا؛ ألا ترى أنهما لو باعا ماله بما لا يتغابن لا يصح البيع، وكذلك لو وهبا شيئاً من ماله، لم تصح هبتهما، فكذلك تسليمهما شفعته لا على الوجهين اللذين بينا يجب أن يكون غير صحيح، فوجب إذ ذاك أن يكون الصغير على شفعته؛ إذا بلغ، فإن بلغ الصبي، وطلبها، وادعى المشتري أن أباه أو وصيه قد سلمها للوجهين، أو لأحدهما، كانت البينة على الصبي، واليمين على المشتري، لأن الأصل في ما يفعله الأب والوصي في مال اليتيم الجواز حتى يثبت خلاف ذلك.

قال: وإذا وهب أبو الصبي شيئاً للصبي، واستحق الصبي بها شفعة، فسلمها الواهب، جاز تسليمه.

[وهو منصوص عليه في (الأحكام) [1]].

وهذا أيضاً يجب أن يكون محمولاً على ما بيناه، ومفسراً على ما قدمناه.

مسألة: في تسليم الشفيع شفعته قبل البيع

قال: ولو سلم ذو الشفعة شفعته قبل وجوب البيع، لم يكن ذلك شيئاً، وكان على شفعته بعد البيع.

[وهذا منصوص عليه في (الأحكام)[2].

وذلك] لأنه سلم ما لا حق له فيه، فأشبه تسليم الأجنبي، وإذا بطل التسليم، صح ما قلناه من أنه يكون بعد البيع على شفعته، يؤكد ذلك ما ثبت من أن الواهب لو وهب ما لا يملك، كانت الهبة /١٤٧/ باطلة.

[تمت، والله أعلم وأحكم بالصواب، وبالله التوفيق وحسن الختام، ولا حول ولا قوة إلاَّ بالله العلي العظيم][3].

---

(١) انظر: الأحكام ١١٨/٢.

(٢) انظر: الأحكام ١١٩/٢.

(٣) في (أ).

باب القول في كيفية أخذ المبيع بالشفعة

مسألة: فيما تجوز به الشفعة

إذا كان لرجل شفعة، فليس له أخذها إلا برضا المشتري، أو بحكم الحاكم؛ لأن الأملاك إذا كانت في دار الإسلام لا تخرج عن ملك الملاك إلى غيرهم مع سلامة الأحوال إلا برضا الملاك، أو بحكم الحاكم.

مسألة: في أخذ المشفوع ممن هو في يده

قال: وللشفيع أخذ المبيع ممن وجده في يده، كسائر الأملاك.

[وهذا منصوص عليه في (الأحكام) (١)].

إذ لا خلاف أن الشفيع إذا حكم الحاكم له بالشفعة، ملك المبيع، وكان أولى به من المشتري، فإذا أخذه من المشتري، كان الأحوط أن يحضر البائع، لئلا يقع فيه التجاحد بين البائع والشفيع.

مسألة: ما تجب فيه الشفعة يشتريه واحد فأكثر

قال: وإذا اشترى عدة من الناس ضيعةً لرجل فيها شفعة في جميع الحصص، فله أن يطالب من شاء بالشفعة، ويسلمها لمن شاء؛ فإن اشترى الجميعَ رجل واحد، فليس للشفيع إلا إن أخذ الجميع، أو ترك الجميع.

[وهذا منصوص عليه في (الأحكام)(٢)].

وذلك أن الشراء إذا وقع من عدة، كانت بياعات مختلفة، كل واحد منها منفرد عن صاحبه، فوجب أن يكون للشفيع الخيار في كل واحد منهما بين الأخذ والترك، كالبيع الواحد إذا وقع وللشفيع فيه شفعة، كان الخيار في ذلك إليه؛ فأما إذا كان

---

(١) انظر: الأحكام ٢/١١٦.

(٢) انظر: الأحكام ٢/١٠٧.

المشتري واحداً، فليس له إلا أخذ الجميع، أو تركه، كالدار الواحدة إذا بيعت واشتراها رجل واحد. ألا ترى أن الشفيع ليس له إلا أخذها كلها، أو تركها، وليس له أن يأخذ البعض منها، ويترك البعض؟ وكذلك الضيعة الواحدة. وقال الشافعي: إذا اشترى رجل من رجلين حصتين، كان للشفيع أن يأخذ ما شاء منهما، ويترك ما شاء، لأنهما كالصفقتين، وقد بينا فساده، والذي يجيء على هذا أن الاعتبار بالمشتري - لنفسه اشترى، أو لغيره من الناس - أن البيع إذا كان صفقة واحدة، فليس للشفيع إلا أخذ الجميع. أو ترك الجميع، فإن كان المشتري عدة، فله أن يأخذ نصيب من شاء، سواء اشتروا لأنفسهم أو لغيرهم، لواحد أو لجماعة، وسواء كان البائع واحداً أو جماعة، لا اعتبار بهم، وبه قال أبو حنيفة وأصحابه، ولا فرق بين الدار الواحدة والدور المتلاصقة إذا لم يكن بين الدور حائل لم يدخل في الشراء، وكان الشفيع داره ملاصقة لكل واحدة من الدور.

مسألة: في استهلاك المشتري للمشفوع

قال: وإذا اشترى المشتري داراً أو أرضاً بمائة دينار، فجاء الشفيع وقد استهلك من أبوابها وأشجارها ما حصته خمسون ديناراً، أخذ الشفيع الباقي بخمسين ديناراً، وهكذا لو /١٤٨/ اشترى نخلاً وعليها تمر.

[وهذا منصوص عليه في (الأحكام) (١)].

ووجهه: أنه يستحق الجميع بجميع الثمن، فإذا استهلك المشتري بعض ما انطوى عليه البيع، وجب أن يحط حصته من الثمن، قلَّ أو كثر، فإن كان ذلك تلف بغير جناية من المشتري، كأن تلف بالحريق، أو الريح، أو السيل، فليس للشفيع إلا أخذ الباقي بجميع الثمن، أو تركه؛ لأنه يصير أولى بالعقد بجميع الثمن يوم عقد، فإن اختار أخْذَه، كان في الحكم كأنه أخذه من يوم عقد البيع، فيكون الضرر داخلاً عليه في ملكه، فإذا أخذه المشتري، كأنه أتلف حق المشتري(٢)، فلزمه الضمان، وإنما لم نضمنه

---

(١) انظر: الأحكام ٢/١٠٨.

(٢) ظنن في (ب): الشفيع.

القيمة؛ لأنه لم يكن متعدياً فيه، وكان متصرفاً في ملكه، وأوجبنا حط ما خصه من الثمن عن الشفيع؛ ويوضح ذلك أنه لا يخلو من أحوال ثلاثة: إما أن يقول للشفيع: آخذ الباقي بقيمته، أو يضمن المشتري قيمة ما أخذ على التحقيق، أو يقول للشفيع: خذ الباقي بحصته من الثمن؛ ولا يجوز أن يقول له: خذ الباقي بقيمته لأنه يؤدي إلى أن يربح المشتري، أو يدخل عليه الخسران، وكلا الأمرين فاسد؛ لأنه يخالف موضوع الشفعة، لأن موضوعها أن يأخذ الشفيع ما يأخذه بما بذله المشتري من الثمن أو ما يقوم مقامه، ووجه الربح فيه أن يكون المشتري اشتراه بدون قيمته، فيكون قد انتفع، بما انتفع وأخذ من قيمة الأرض فوق ما اشتراه به؛ ووجه الخسران أن يكون اشتراه بأزيد من قيمته، فإذا أعطاه القيمة، كان قد أخسره، وهذا الربح والخسران يجوز أن يتفاوتا ويعظما، ففسد ذلك. ولا يجوز أن يقول للمشتري اضمن قيمة ما أخذت؛ لأمرين:

أحدهما: أنه يؤدي إلى ما ذكرنا من الربح والخسران، وربما أدى إلى أن يجب للشفيع أخذ الباقي بغير بدل، بأن تكون قيمة المستهلك محيطة بالثمن، وهذا لا معنى له.

والوجه الثاني: أن المشتري استهلك ملكَ نفسه، فلا وجه لتضمينه؛ فإذا بطل هذان الوجهان، لم يبق إلا الوجه الثالث، وهو ما قلناه: إن الشفيع يأخذه بحصته من الثمن، وليس كذلك إذا كان التالف تلف بغير فعل المشتري؛ لأنا لو قلنا للشفيع[1]: خذه بدون الثمن كنا ألزمنا المشتري الخسران، وهو خلاف موضوع الشفعة، وعلى هذا يجب إن كان المستهلك غير المشتري، بأن استهلكه غاصب، أن يأخذه بجميع الثمن؛ فإن كان المشتري أخذ من الغاصب قيمة ما استهلك، أخذ الباقي بحصته من الثمن، وهكذا حكم الثمر والزرع إن كان اشتراهما مع الأصل، ثم قام الشفيع.

مسألة: في المطالبة بالشفعة بعد حصول الثمر واستهلاكه

قال: فإن اشتراها ولا ثمر /١٤٩/ فيها ثم أثمرت، فاستُهلك الثمر، ثم جاء الشفيع، فإنه يأخذه بجميع الثمن.

---

(١) في (ب) للشفيع به أخذه بدون القيمة. وظنن في الهامش على الثمن.

[وهذا منصوص عليه في (الأحكام)[(١)]].

ووجهه: أن الثمرة خرجت في ملك المشتري، فانتفع هو بها، وليست الثمرة مما انطوى عليه عقد البيع الذي صار الشفيع أولى به، فوجب أن تكون خالصة للمشتري، كثمار سائر أملاكه التي لا حق فيها للشفيع، وهكذا يجب أن يكون حكم الزرع؛ فإن جاء الشفيع والثمرة قائمة في الأشجار، فالشفيع أولى بها، ويغرم للمشتري ما غرم فيها؛ لأن الثمرة وجدها الشفيع قائمة في ما استحقه من الأشجار، فجرى مجرى ما انطوى عليه العقد، ولأنه زيادة في عين ما استحقه الشفيع، كما نقول في الزيادة الذي يلحقها البائع في ماله إذا وجده عند المفلس، ويمكن أن يُتعلق له بقوله - صلى الله عليه وآله وسلم -: «الشفعة في ما لم يقسم». وهذا لم يقسم؛ لأنه لم يزل الشجر، فألزمنا الشفيع ما غرمه المشتري؛ لئلا نلزم المشتري ضرراً في ما انتفع به الشفيع.

مسألة: في المطالبة بالشفعة بعد البناء والغرس

قال: وإذا جاء الشفيع وقد بنى المشتري، أو غرس، فإنه إن كان فعل ذلك ولا شفيع هناك، لزم الشفيع قيمة[(٢)] البناء والغرس يوم يستحق الرقبة بالشفعة.

[وهذا منصوص عليه في (الأحكام)[(٣)]].

ووجهه: أن المشتري بنى في ملكه المستقر، ولم يتعدَّ فيه، فلا وجه لإدخال الضرر عليه في ما يمكن الشفيع الانتفاع به؛ وإن بنى والشفيع قد طلب الشفعة، أُلزم نقض ما بنى، وقلع ما غرس، ويترك[(٤)] الأرض كما اشترى.

ووجهه: أنه بنى وغرس وقد تعلق ملكه لتوجه الاستحقاق عليه، ولأنه أيضاً هو

---

(١) انظر: الأحكام ١٠٨/٢ - ١٠٩.
(٢) في (أ) فيما.
(٣) انظر: الأحكام ١٠٩/٢.
(٤) في (أ): وسلم.

المعرض ماله للضرر، وفعل ما يكره[١] له حين لم يسلم الشفعة للشفيع، واستمر على إمساك الشيء وعمارته، فكان ذلك ضرباً من التعرض، ولهذا ألزمناه تفريغ الأرض؛ وأما إذا بنى ما لا ينتفع به في غالب الأحوال، ألزم المشتري النقض على الوجهين؛ لأن ما يلزم الشفيع من الغرم إنما يلزم بشرط انتفاعه على ما بيناه، فإذا لم يكن فيه نفع، لم يلزم.

مسألة: في أن للشفيع ما للمشتري عليه

قال: وإذا اشترى المشتري بثمن معجل، فعلى الشفيع تعجيل الثمن، لا خلاف فيه، فإن اشترى بثمن مؤجل، أخذه الشفيع مؤجلاً، قلناه في التجريد تخريجاً، ثم وجدناه في (الفنون) [٢] منصوصاً، وحكيَ مثل قولنا عن مالك. وذهب أبو حنيفة وأصحابه، والشافعي، إلى أن الشفيع يخير بين أن يأخذه ويعجل الثمن، وبين أن يصبر إلى حلول الأجل، فيأخذه إذ ذاك ويوفر[٣] الثمن.

ووجه ما ذهبنا إليه: أن الشفيع يصير أولى بالعقد من المشتري على جميع وجوهه حتى يكون المشتري فيه كالوكيل؛ ألا ترى أنه لو اشتراه بثمن له صفة، استحقه /١٥٠/ المشتري بثمن على تلك الصفة؟ وكذلك يكون فيه للشفيع من خيار الرؤية ما للمشتري، وكذلك إن كان علم بعيب رضيه المشتري، وأخذه، لم يكن له إلا ما كان للمشتري، فوجب أن يكون كذلك حال تأجيل الثمن.

فإن قيل: هذا يؤدي إلى أن يُلزَم المشتري ذمة لم يرضَ بها.

قيل له: وما في ذلك إن ألزمه الحاكم[٤]، وليس لهم أن يردوا ذلك إلى الدين المؤجل إذا مات من هو عليه؛ لأن عندنا أنه يثبت على الورثة مؤجلاً، ولا يجب فيه التأجيل، نص عليه القاسم - عليه السلام - في (مسائل النيروسي)، على أنا وجدنا في

---

(١) سقط من (أ) ما يكره.
(٢) انظر الفنون ٤٤٣.
(٣) في (ب): ويؤخر. ونبه على ما أثبتناه.
(٤) في (أ): الحكم.

الأصول إلزام ذمة لا يرضاها الخصم، فلا وجه للتعليق بما تعلقوا به.

فإن قيل: فما تقولون في المشتري إذا كان له الخيار، فجاء الشفيع، هل يأخذ مع الخيار، أو يبطل الخيار؟

قيل له: لا نحفظ في ذلك نصاً عن أصحابنا، والأقرب على أوضاعهم أن يأخذه الشفيع وله الخيار الذي كان للمشتري؛ وإن كان أصحاب أبي حنيفة قد نصوا على أن الشفيع يأخذه[١]، ويبطل الخيار الذي كان للمشتري.

مسألة: في المطالبة بالشفعة بعد البيع مراراً

قال: وإذا اشترى المشتري داراً بألف، ثم باعها بألف ومائة، ثم باعها المشتري الثاني بألف ومائتين، ثم باعها المشتري الثالث بألف وثلاثمائة، وكذلك لو تنوسخت، وكثر ذلك، ثم جاء الشفيع، فإنه يُقْضَى[٢] له بالدار، فإن كان طلب الشراء الأول، فإنه يخرج إلى المشتري الأخير ألفاً، ويرجع هو على المشتري الأخير[٣] بائعه بثلاثمائة، ويرجع هو على بائعه بمائتين، ويرجع هو على بائعه وهو الأول بمائة[٤] .

[وهذا منصوص عليه في (الأحكام) [٥]].

ووجهه: أنه استحق الشراء الأول، فطالب به، وفسخ سائر الأشرية إذ[٦] وقعت بعده، فلزمه الثمن الأول لمن أخذ الثمن[٧] منه، ووجب له الرجوع فيما زاد على الألف على من باعه؛ [لأنه استحق عليه ما اشتراه، فوجب أن يرجع بباقي الثمن على من باعه][٨] ليرجع إليه جميع ما خرج عنه، وكالمغتصب منه إذا استحق الدار على

---

(١) في (أ): يأخذ.
(٢) في (أ): قضى.
(٣) في (أ): ويرجع هو على بائعه بثلاثمائة.
(٤) في (ب) بثلاثمائة. ونبه على ما أثبتناه في الهامش.
(٥) انظر: الأحكام ٢/١١١ – ١١٢.
(٦) في (أ): التي وقعت.
(٧) في (أ): لمن أخذ الدار.
(٨) بياض في (أ).

المشتري من الغاصب يرجع على البائع بجميع الثمن ليرجع إليه جميع ما خرج عنه، وكذلك إن كان البائع الأول باع وفيها ثمر، فاستهلكه المشتري الأول، أو باع منها بعضاً، للشفيع أن يأخذ الدار من المشتري الأخير، ويعطيه الثمن، وقد حط عنه قيمة المستهلك، ثم هو يرجع على بائعه به إن كان اشتراه بمثل ما اشتراه الأول، والوجه ما بيناه فيما تقدم.

مسألة: في كتابة العهدة على من أخذ المبيع

قال: وإذا أخذ الشفيع المبيع، كتب العهدة على من أخذ المبيع منه، وأعطاه الثمن من البائع، أو المشتري.

[وهذا منصوص عليه في (الأحكام) [١]].

أما إذا أخذه من المشتري، فلا إشكال في ما ذكرنا، لأن البائع قد أزال ملكه، وانتقل إلى المشتري /١٥١/ الملك تاماً، ولا معاملة بين الشفيع والبائع؛ وأما إذا أخذه من البائع، وجب أن يكتب عليه العهدة؛ لأن البيع الذي كان بين البائع والمشتري يبطل بأخذ المبيع من البائع؛ لأن تمام البيع موقوف على التسليم، فإذا بطل التسليم، بطل المبيع؛ ألا ترى أن تلف البيع يوجب بطلان العقد بفوات التسليم؟ فإذا كان ذلك كذلك، صار كأنَّ البيع بين البائع والشفيع، وبرئ المشتري من المعاملة، فلذلك[٢] قلنا: إن العهدة تكتب على البائع، دون المشتري. وقال أبو حنيفة وأصحابه: إذا كان المبيع في يد البائع، لم يقض الحاكم بالشفعة إلا بحضور البائع والمشتري؛ لأن الحكم يتوجه عليهما؛ لأن المشتري يجب أن يفسخ عليه شراؤه، ويحكم عليه بذلك، والبائع يجب أن يحكم عليه؛ لأن المبيع يؤخذ من يده، قالوا: والمشتري لو لم يحضر، لكان فيه قضاء على الغائب، وذلك لا يجوز، وأما على أصولنا فجائز[٣]؛ لأنا نرى القضاء على الغائب.

---

(١) انظر: الأحكام ١٠٧/٢، ١٣٦ – ١١٧.

(٢) في (أ): فكذلك.

(٣) في (أ): فيجوز.

مسائل ليست من التجريد لكن رأينا هذا موضعها

قال أبو حنيفة: إذا قال المشتري: الدار التي تشفع بها ليست لك، إنما أنت فيها ساكن، فالبينة على الشفيع أنها ملكه. وقال أبو يوسف ومحمد: البينة على المشتري أنها ليست له، ويروى عن محمد أنه قال: القياس ما قال أبو حنيفة؛ لأن البينة التي يقيمها المشتري إما أن تكون بينة على النفي، أو بينة على أنها لفلان، وفلان لا يدعيها، فلا معنى لبينة على هذين الوجهين، وبينة الشفيع بينة على دعواه، فوجب أن تكون هي الأولى، وأيضاً الشفيع هو المدعي؛ لأنه يريد أن يلزم الغير حقاً لكون الدار ملكاً له، والمشتري منكر، فوجب أن تكون البينة على الشفيع، واليمين على المشتري.

مسألة: في الإشهاد على طلب الشفعة

قال: والإشهاد على طلب الشفعة يُحتاج إليه؛ لئلا يقع التجاحد وقت الطلب، أو الالتباس، فأما للثبوت والاستحقاق، فيكفي الطلب.

نص في (الفنون) [١] على أن الكراء لا شفعة فيه، ونص فيه على أن طلب الشفيع الشفعة من المشتري لا ترخص له في منع البائع من الثمن.

ونص في (الأحكام) [٢] في غير موضع على أن الشفيع يلزمه دفع ما أخرجه المشتري[٣]؛ ونص على أن من اشترى أرضاً بأرض، فقام الشفيع فيها، أو فيهما، لزمه قيمة التي[٤] هي عوض لما طلبها، فدلت هذه الجملة على أن الثمن إن كان مما[٥] له مثل من الدراهم، /١٥٢/ أو الدنانير، أو ما[٦] يكال، أو يوزن، فعلى الشفيع مثل[٧] ذلك الثمن، وإن كان الثمن مما يجب تقويمه، لزمه قيمة ذلك، أرضاً كانت، أو عبداً،

---

(١) انظر الفنون ٤٤٢.
(٢) انظر: الأحكام ٢/١٠٧، ١٠٨، ١١٠.
(٣) في (أ) ما أخرجه المشتري من الثمن ونص.
(٤) في (أ): الذي هو.
(٥) في (أ): ما.
(٦) في (أ): أو الدنانير أو ما لزمه يكال.
(٧) في (أ): دفع مثل.

أو ثوباً، أو غير ذلك مما أشبهه؛ وهذه الجملة مما لا أعرف فيه خلافاً. ونص في (المنتخب) على أنه إن كان اشترى بما يكال، أو يوزن، كالحنطة والشعير[1] ونحوهما، فللمشتري على الشفيع مثله.

(١) في (أ): أو الشعير.

كتاب

الإجارة

باب القول فيما يصح من الإجارة أو يفسد

مسألة: في شروط الإجارة

الإجارة الصحيحة: أن يستأجر الرجل شيئاً معلوماً، له نفع معلوم، بأجرة معلومة، إلى مدة معلومة، أولها كذا، وآخرها كذا، أو أن يتقبَّل عملاً معلوماً، بأجرة معلومة، فإن دخلت الجهالة في شيء من ذلك، فسدت الإجارة.

قولنا: له نفع معلوم ليس المراد[1] أن يكون النفع (معلوم القدر على التحقيق، بل نقول ذلك في المدة والأجرة، بل يكفي أن يكون النفع)[2] معلوماً على الجملة، كأن يعلم أن الأرض تكترى للزرع، أو للبناء، أو الدار للسكنى، أو الرحا للطحن، ولا يجب أن يكون مقدار الزرع معلوماً، ولا من سكن في الدار مع المستأجر من الأهل والولد وغيرهم معلوم العدد، ولا الطحن معلوم القدر؛ لأن ذلك لا يمكن، ويتعذر فيه الحصر؛ فأما أول المدة، فإن ذكره، كان أوكد، وإن سكت عنه، كان من حين يقع عقد الإجارة، وأما ذكر آخر المدة، فلا بد من ذكره (وإلا فسدت الإجارة)[3].

فإن قال: إلى شهر، أو إلى سنة، كان آخر المدة مذكوراً؛ لأن انقضاء الشهر أو السنة يكون آخر المدة؛ وأما استئجار الدواب، فذكر المسافة فيه يقوم مقام ذكر المدة.

والأصل في تثبيت الإجارة: قول الله تعالى: ﴿فَإِنْ أَرْضَعْنَ لَكُمْ فَآتُوهُنَّ أُجُورَهُنَّ﴾ (الطلاق:٦). وقال موسى لصاحبه: ﴿لَوْ شِئْتَ لاتَّخَذْتَ عَلَيْهِ أَجْراً﴾ (الكهف:٧٧)، وقال شعيب لموسى - عليهم السلام - على ما ورد في التفسير: ﴿إِنِّي أُرِيدُ أَنْ أُنكِحَكَ إِحْدَى ابْنَتَيَّ هَاتَيْنِ عَلَى أَن تَأْجُرَنِي ثَمَانِيَ حِجَجٍ﴾(القصص: ٢٧)، وقال صاحب يوسف: ﴿وَلِمَن جَاءَ بِهِ حِمْلُ بَعِيرٍ﴾(يوسف ٧٢)، وهذا يكون على سبيل

---

(١) في (أ): المراد ليس.

(٢) ما بين القوسين ساقط من (أ).

(٣) سقط من (أ) ما بين القوسين.

الأجرة، فدل جميع ذلك على أن الاستئجار كان في شريعتهم صلوات الله عليهم.

وروي أن النبي - صلى الله عليه وآله وسلم - لما أراد الهجرة، استأجر رجلاً دليلاً خريتاً[١]، فأخذ به - صلى الله عليه وآله وسلم - وبأبي بكر على طريق الساحل[٢].

وروي أن رسول الله - صلى الله عليه وآله وسلم - اشترى بمنى سراويل، وثمّ وزان يزن بالأجرة، فدفع رسول الله - صلى الله عليه وآله وسلم - إليه الثمن[٣] ثم قال: «ارجح»[٤].

وفي حديث ابن أبي وقاص أن النبي - صلى الله عليه وآله وسلم - رخص أن تكرى[٥] الأرضون بالذهب والفضة[٦].

على أنه إجماع الفقهاء، وعمل توارثه الخلف عن السلف من الصدر الأول إلى يومنا هذا.

فأما وجه ما ذهبنا إليه من /١٥٣/ أن المدة، والنفع، والأجرة، والعمل، والمستأجر، يجب أن تكون معلومة، فهو ما أجمعوا عليه من أن الإجارة بيع المنافع، وأنها جارية مجرى البيوع في أن دخول الجهالة يفسدها، وقد علمنا أن دخول الجهالة في بعض ما ذكرنا ليس بأولى بالإفساد من بعض، فقلنا: إن الجهالة يجب أن تنتفي عن جميع ما ذكرنا، وأيضاً روي عن النبي - صلى الله عليه وآله وسلم - أنه قال: «من استأجر أجيراً، فليعلمه أجره»[٧]. فأوجب أن تكون الأجرة معلومة؛ وإذا وجب كونها معلومة، وجب كون ما يقابلها من العوض معلوماً، كالبيع، والسلم، لما وجب

---

(١) في (أ): رجلاً خريتاً.

(٢) أخرجه عن عائشة: البخاري ٧٩٠/٢، وعبد الرزاق ٣٩١/٥، والبيهقي ١١٨/٦ .

(٣) سقط من (ب): إليه .

(٤) أخرجه عن سويد بن قيس: ابن حبان ٥٤٨/١١، والترمذي ٥٩٨/٣، والدارمي ٣٣٨/٢، والبيهقي ٣٢/٦ وابن ماجة ٧٤٨/٢ وفيها : زن وارجح.

(٥) في (أ): تكترى.

(٦) أخرجه عنه ابن أبي شيبة ٤٩٢/٤، والبيهقي ١٣٢/٦.

(٧) أخرجه البيهقي ١٢٠/٦ عن أبي هريرة ، وأخرج النسائي ١١٠/٣ نحوه عن أبي سعيد.

كون المسلم فيه معلوماً لقوله - صلى الله عليه وآله وسلم -: «فليسلم في كيل معلوم، إلى أجل معلوم». وجب[١] أن يكون ما يقابله من العوض، وهو الثمن الذي يعجله المسلم معلوماً.

مسألة: في ما ينقض الإجارة

والإجارة الصحيحة تنتقض لعذر، ولا تنتقض لغير عذر[٢]، وانتقاضها لغير عذر يحكى عن بعض القدماء، يقال إنه قول شريح، وليس بذلك، الظاهر والإجماع قد قطع ذلك، فأُسقط، ويحج قائله قوله تعالى: ﴿يَأَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا أَوْفُوا بِالْعُقُودِ﴾ (المائدة:١)، وقوله - صلى الله عليه وآله وسلم-: «المؤمنون[٣] عند شروطهم». وعن الشافعي أنها لا تنتقض للعذر. وما ذهبنا إليه به، قال أبو حنيفة وأصحابه.

ووجهه: ما لا إشكال فيه أن من كان عنده[٤] مسبوت، فظنه ميتاً، واستأجر الحفار[٥] ليحفر قبره، ويدفنه، ثم علم أنه حي، أنه لا يجب أن يمكن الأجير[٦] من دفنه فيستحق[٧] الأجرة؛ وكذا من استأجر أن يقلع ضرسه لوجع به، أو يكوي[٨] له عضواً أليماً لعلة تقتضيه، ثم زال العارض من الوجع؛ والعلة، أنه لا يجب تمكين الأجير مما استأجر عليه فيستوفي الأجرة، فوضح بما بيناه من أن الإجارة تنتقض [به]، ثم وجوه المعاذير تكثر.

مسألة: في بيع المؤجّر قبل انقضاء المدة

وإذا أجر الرجل داره من رجل، ثم باعها من رجل آخر قبل انقضاء مدة الإجارة،

---

(١) في (أ): ووجب.
(٢) في المنتخب انفساخها ببيع المؤجر للفقر ٢٧٤.
(٣) في (أ): المسلمون.
(٤) في (أ): من كان له عبد مسبوت.
(٥) في (أ): أجيراً.
(٦) في (ب): لأحد.
(٧) في (أ): ليستحق.
(٨) في (ب): يكون.

فإن كان باعها من ضرورة، انفسخت الإجارة، وسلمها البائع إلى المشتري، وإن كان باعها لا من ضرورة، لم تنفسخ الإجارة، وكان المستأجر أولى بها[1] إلى انقضاء المدة.

ووجهه: أنه باع لسد رمق جوعه، أو جوع أهله، فوجب أن يصير عذراً فيه، كأن يرتكبه الدين ولا مال له سواه، ويحبسه الحاكم، ويعجز عن مؤنة أهله وعياله، وغير ذلك، فإن كان باعه لغير عذر، فالأقرب ما روي عن أبي يوسف أن ذلك يكون كالعيب في الدار، فإن شاء المشتري، صبر إلى حين انقضاء الإجارة، وإن شاء، فسخ البيع لتعذر التسليم، إن لم يكن عرف ذلك قبل البيع. ولو أن رجلاً استأجر داراً ليسكنها أشهراً معلومة، لم يكن له تسليمها قبل انقضاء المدة، ولا لمن أجرها إرجاعه عنها قبل ذلك، سواء تقابضا /١٥٤/ الأجرة، أم لا، وهذا على ما بيناه من كونهما معذورين، أو غير معذورين.

مسألة: في انهدام المؤجّر

قال: فإن انهدمت الدار، وجب على صاحبها إعادة بنائها إن كان موسراً لِيَتِمَّ سكنى المستأجر.

[وهذا منصوص عليه في (المنتخب)[2]].

وكذا قال الشافعي. وعند أبي حنيفة تسقط أجرة ما بقي من المدة، ويحكى عن أبي ثور أن الأجرة كلها لازمة.

ووجه ما ذهبنا إليه: أن العاقد على نفسه لغيره عقد معاوضة يلزمه تسليم ما التزم تسليمه بالعقد، فإن كانت له مؤنة غرمها؛ دليله من أسلم في شيء لحمله مؤنة، واشترط تسليمه في مكان، أن صاحب السلم يلزمه أن يغرم مؤنة الحمل؛ ليصح تسليمُه ما التزم بعقد المعاوضة تسليمَه؛ ويمكن أن يقال: يلزمه ذلك لأنه إنفاق على مال نفسه ليصح منه تسليم ما التزم بعقد المعاوضة تسليمه؛ وأصله ما ذكرناه في

(١) في (ب) أولى به.

(٢) انظر المنتخب: ٢٧٤ — ٢٧٥.

السلم، ثم الأصول تشهد لذلك؛ لأن من باع ثوراً نفوراً، فعليه تسليمه إلى المشتري وغرامة تسليمه؛ وكذلك الصائغ، والنجار، وغيرهما من الصناع، إن استؤجروا على عمل لهم، يلزمهم مؤنة آلاتهم ليتم لهم تسليم ما يتقبلونه من العمل؛ وهكذا لو تزوج رجل بامرأة وهي حائض، فطهرت مع طلوع الشمس، فطالبها الزوج بالدخول، فعليها مؤنة الاغتسال ليتم تسليم البضع الذي التزم تسليمه بعقد النكاح؛ ونظائره كثيرة.

وأما ما يذهب إليه أبو ثور، فبعيد؛ لأن الإجارة[١] هي بدل المنافع، فإذا تلفت المنافع، بطلت الأجرة، كما أن السلعة المشتراة إذا تلفت قبل التسليم، بطل الثمن.

فإن كان معسراً، انفسخت، فإن أيسر قبل انقضاء مدة الإجارة، حُكم عليه بالبناء، وذلك أن الإجارة على ما بيناه تنفسخ للعذر، والإعدام عذر، ومعنى تنفسخ[٢]: إنما هو أن قسط مدة الإعسار ينفسخ، ولا ينفسخ أصل العقد؛ لأن أصل العقد لو انفسخ، لعاد فيما يسكن إلى كراء المثل. فإذا كان ذلك كذلك، فهو مطالب بالبناء إذا أيسر في مدة الإجارة، لأن العذر قد زال، والعذر إنما أثر في المدة التي كان فيها معسراً.

مسألة: في عدم تسليم المؤجر بعد انتهاء المدة

قال: ولو أن المستأجر لم يفرغها لصاحبها، ولم يسلمها إليه بعد انقضاء مدة الإجارة، وجبت[٣] عليه أجرة ما سكنها. هذا إذا لم يفرغها بعد انقضاء المدة يكون في حكم الغاصب في إيجابه الأجرة عليه، وتكون أجرة المثل، ونصه على إيجاب كراء المثل عليه يدل على أن من مذهبه إيجاب كراء المثل على الغاصب[٤] إذا استعمل المغصوب، أو عطله[٥] على صاحبه.

---

(١) في (أ): الأجرة.
(٢) في (أ): الفسخ.
(٣) في (أ): وجب.
(٤) سقط من (أ) الغاصب.
(٥) في (ب): وعطلة.

قال: وإن تعذر عليه لغيبة صاحبها[1]، أجزأه أن يفرغها، ويُشهد على ذلك، ولو لزم المفتاح.

ووجهه: أن /١٥٥/ يكون حافظاً لها لصاحبها، ولا يكون في حكم الغاصب، كالملتقط إن التقط لنفسه يكون غاصباً، وإن التقط للحفظ على صاحب اللقطة، لم يكن غاصباً.

[وجميعه منصوص عليه في (المنتخب) [2]].

مسألة: في استئجار الأرض بالطعام

قال القاسم - عليه السلام -: ولا بأس أن يستأجر الأرض بطعام معلوم من حنطة، أو شعير، أو غيرهما.

ووجهه: أن هذا يدخل في جملة الأعواض في العقود، كالبيع، والنكاح، والخلع، واستئجار الصناع[3]، ويجرى مجرى الذهب والفضة في أن العقد يصح به، فكذلك في الإجارات، والمعنى أنه مما يجوز أن يجعل عوضاً في سائر العقود، على أن هذا معروف في تعامل المسلمين، والخلاف فيه شاذ.

فإن قيل: روي أن النبي[4] - صلى الله عليه وآله وسلم - رخص في إجارة الأرض بالذهب والفضة.

قيل له: وما في ذلك مما يمنع من كون الطعام مثلهما إذا دل دليل؟

مسألة: في عدم انفساخ الإجارات بالموت

قال: ولا تنفسخ الإجارة بموت المستأجر، ولا المستأجر منه.

---

(١) في (أ): صاحبه.
(٢) انظر المنتخب: ٢٧٤.
(٣) في (أ): الضياع.
(٤) في (أ): رسول الله.

[وهذا منصوص عليه في (المنتخب)[(١)]]. وبه قال الشافعي؛ وخالف فيه أبو حنيفة وأصحابه، وإنما قلنا ذلك؛ لأنه عقد صحيح أوقعه العاقد في ملكه، فيجب ألا ينفسخ بموته، دليله من زوَّج أمته، ثم مات، وإن شئت، قلت: دليله الرهن، فإنه لا ينفسخ بموت الراهن، ولا المرتهن.

فإن قيل: نكاح الأمة ينفسخ بموت الزوج.

قيل له: هذا لا يعترض قياسنا، ولا يمكنهم أن يجعلوه أصلاً؛ لأن[(٢)] هذا مما لا تجوز فيه النيابة، ولا فيه يقوم غيره، كالوكيل، والوارث. وتشهد سائر العقود لما ذهبنا إليه، كعقد البيع، وعقد الهبة، وعقد الوصية، على أن الوارث لا يجب أن يكون أوكد حالاً من الموروث، فإذا لم يكن للموروث فسخ الإجارة، فكذلك الوارث.

فإن قيل: فما تقولون في الموقوف عليه إذا أجَّر الوقف ثم مات، هل تبطلون إجارته؟

قيل له: الوقف عندنا على ضربين: وقف لا يقوم الورثة فيه مقامه من جهته، فذلك يبطل، ووقف يقوم الورثة فيه مقامه من جهته، فإجارته لا تبطل، على أن هذا لا يعترض علينا؛ لأن هذا عقد لم يوقعه العاقد في ملكه؛ لأن الوقف ليس بملك.

فإن قيل: الوقف منتقل إلى الوارث، والنفع حادث على ملكه، فوجب أن تبطل الإجارة، إذ غير جائز استيفاء المنافع من ملك مَن لم تنعقد في ملكه.

قيل له: هذا منتقض بالجارية يزوجها صاحبها، ثم يموت؛ لأن الزوج يستوفي منافع البضع من ملك مَن لم يعقد في ملكه؛ وكذلك المكاتب إذا مات المولى، لم /١٥٦/ تنفسخ الكتابة، واستوفى المنافع. ولا خلاف أن رجلاً لو أوصى بخدمة عبده لرجل، صح ذلك، ولم تنفسخ الوصية لانتقال الملك إلى الوارث، فكذلك الإجارة، على أن رجلاً لو أجر عبده، ثم باعه، ورضي المشتري بتأخير التسليم، لكان المستأجر عندنا وعند أبي يوسف يستوفي المنافع في ملك غير من عقد في ملكه.

---

(١) انظر المنتخب ٥٧٥.

(٢) في (أ): إلاَّ أن هذا.

فإن قيل: إذا مات المستأجر، فقد انتقل ملكه إلى الوارث، فلا يجوز أن يستحق عليه الأجرة بعد موت الموروث؛ لأن ذمته قد بطلت بالموت، فلا يلحقه الدين.

قيل له: لسنا نزعم أن الدين يلحقه بعد الموت، وإنما نقول: إنه ينتقل إلى الوارث لانتقال المنافع إليهم، كالأعيان إذا انتقلت إليهم، انتقلت أثمانها إليهم، على أن المنافع المعدومة في باب الإجارات كالأعيان الموجودة، فيجب أن تنتقل إلى الوارث.

مسألة: في تلف المؤجّر قبل الاستيفاء

قال: ولو أن رجلاً اكترى من رجل جملاً - يعينه، أو لا يعينه - على حمل بعينه، فحمله المكاري، فتلف الجمل، وجب على المكاري حمله على غير ذلك الجمل إلى حيث تشارطا عليه، و لم يتعين الجمل.

[وهذا منصوص عليه في (المنتخب) [١]].وحكى الكرخي مثله عن أصحابه.

وهذا إذا كان الغرض المقصود هو تسليم الحمل إلى الحمَّال، و لم يتعلق الغرض بالجمل، وإنما ذكر الجمل على سبيل التبع، فإذا كان ذلك كذلك، كان الحمَّال كالأجير المشترك في جميع أحكامه، ولزمه حمل ذلك الحِمل، إن شاء على ذلك الجمل، وإن شاء على غيره، وذكر كراء الجمل هو على التوسيع في هذه المسألة.

والأصل فيه: أن الناس (في هذه العقود)[٢] يحملون على العرف والعادة، وعادة الناس أن أغراضهم في حمل أموالهم، دون المحمول عليه.

مسألة: في الإجارة بالوكالة

قال: وكذلك إن وكَّلَ رجل رجلاً بأن يكري جماله، ويحمل عليها، فأكراها على ما بيناه، ثم تلفت الجمال، وجب عليه أن يشتري، أو يكتري بدلها؛ لتبلغ الأحمال إلى حيث اشترط، ويكون ذلك من مال الموكل.

---

(١) انظر المنتخب: ٢٧٥.

(٢) سقط من (أ) ما بين القوسين.

[وهو منصوص عليه في (المنتخب) [١]].

وهذا كله إذا كان الاستئجار وقع على الحمل، وتعين ذلك.

قال: وإن استأجر جمالاً بعينها على أن يحمل عليها المستأجر ما يحمل على مثلها من غير تعيين الحمل، وقبضها المستأجر، ثم تلفت، لم يجب على الجمَّال شراء بدلها تخريجاً.

قلنا ذلك؛ لتنصيصه على أن من استأجر عبداً للخدمة، وقبضه، فمرض العبد، أو مات، لم يجب على المستأجر منه إبداله، وذلك أن[٢] الاستئجار لم يقع على الحمل، وإنما وقع على الجمل والعبد، فإذا تلف، لم يلزم المستأجر منه شيء، وهذا مما لا خلاف فيه.

مسألة: في إجارة ما ليس بملك

قال: فإن استأجر على هذا الحد جمالاً ليست للمستأجر منه، بطلت الإجارة.

[وهذا منصوص عليه في (المنتخب) [٣]].

وذلك أن هذه الإجارة تكون /١٥٧/ متعينة في الجمال، وليس يصح أن يؤجر ما ليس عنده، كما ليس يصح أن يبيع ما ليس عنده؛ لأنا قد بينا أن الإجارة تجري مجرى بيع الأعيان.

مسألة: في إجارة الشيء قبل شرائه

قال: وإن استأجر منه جمالاً ليست عنده على أن يشتري الجمال، ويحمل عليها أحمالاً بعينها، صحت الإجارة، وتعينت في الأحمال، ولزم الجمال حملها إلاَّ لعذر.

[وهو منصوص عليه في المنتخب[٤]].

---

(١) انظر المنتخب: ٢٧٥.

(٢) في (أ): لأن.

(٣) انظر المنتخب: ٢٨٠.

(٤) انظر المنتخب: ٢٨٠.

وهذا لأن الإجارة تعينت في الأحمال ولم تتعين في الحمال، كما بينا في المسألة الأولى، فلا معتبر أن يكون عند المكاري جمالٌ، أو لا يكون؛ لأن الواجب عليه هو حمل الأحمال فقط، وليس عليه تسليم الجمال، فجاز له أن يكتري لهذه الأحمال جمالاً إن شاء، أو يشتريها[١].

مسألة: في إجارة الشيء من رجلين

قال: وإن كانت عند رجل جمال، فأكراها بعينها رجلاً على أن يحمل عليها أحمالاً، ثم أكراها كذلك رجلاً آخر، كان المكتري أولاً أولى بالجمال، فإن التبس أيهما اكترى أولاً، كانت الجمال بينهما.

[وهذا منصوص عليه في (المنتخب)[٢]].

وهذا إذا تعينت الإجارة في الجمال، ولزم الجمال تسليمها؛ لأن الإجارة الثانية تكون فاسدة، كمن باع سلعة من واحد، ثم باعها من آخر، يكون البيع الثاني فاسداً.

قلنا: إن ألتبس الأمر، كانت الجمال بينهما، كالشيء يكون في أيديهما، أولا يكون في أيديهما، ويقيم كل واحد منهما بينة، أنه يكون بينهما.

مسألة: في اشتراط فسخ الإجارة عند الإرادة

قال: وإن استأجر رجل من رجل شيئاً، واشترطا فسخ الإجارة متى أرادا، كان لهما أن يفسخاها متى أرادا.

قال: ولو أن رجلاً استأجر عبداً من رجل على أن يستخدمه، وقبضه من صاحبه، فمرض العبد، أو مات، أو أبق، لم يجب على المستأجر منه أن يدفع بدله إلى المستأجر، ويتحاسبان على ما خدم العبد[٣].

---

(١) في (ب): أو يكتريها.

(٢) انظر المنتخب: ٢٨٠ ـ ٢٨١.

(٣) سقط العبد من (أ).

[وجميعه منصوص عليه في (المنتخب)(١)]

قلنا ذلك لأن الإجارة تعينت في العبد، وبطلت منفعته على وجه لا يمكن صاحبها إعادتها، فوجب ما قلناه، ولم يكن سبيلها سبيل الدار المستأجرة تنهدم، لأن تلك المنافع يمكن إعادتها، ولا يجب تبديله لتعيين الإجارة فيه، وليس سبيله سبيل الجمل الذي يجب تبديله؛ لتعيين الإجارة في الحمل دون المحمول عليه.

مسألة: في فسخ الإجارة بخوف المستأجر على ملكه

قال: ولو أن رجلاً استأجر من رجل دابة لتحمله(٢) من موضع إلى موضع، ثم بان لهما أن الطريق مخوف لا يُؤمن على النفس، أو المال، كان لكل واحد منهما أن يفسخ الإجارة، وعلى المستأجر قسط الأجرة، إن كان سار بعض الطريق.

[وهذا منصوص عليه في (المنتخب) (٣)].

وقد بينا أن الإجارة تنفسخ للعذر، ومن أبين العذر ألا يأمن الإنسان على ماله وحرمه، فلذلك قلنا إن الإجارة تنفسخ، وليس الخوف المذكور ما يَعترض مثله في أكثر الطرق والمسالك، ولكنه الخوف الشديد الذي يغلب على الظن فيه العطب، ويضعف /١٥٨/ رجاء السلامة؛ وأوجبنا قسط الأجرة إلى حيث انتهى؛ لأن المستأجر استهلك المنافع، فيجب أن يوفي ما قابلها من العوض.

مسألة: في الاختلاف في مقدار الأجرة

قال: وإذا اختلفا في الكراء، فقال المكري أكريت بعشرة، وقال المكتري اكتريت بخمسة، فالبينة على المكاري، واليمين على المكتري.

[وهذا منصوص عليه في (المنتخب) (٤)] .

(١) انظر المنتخب: ٢٨٧.
(٢) في (أ): ليُحمِّلها.
(٣) انظر المنتخب: ٢٧٨.
(٤) انظر المنتخب: ٢٧٨.

وذلك لأن المكاري مدعٍ لزيادة خمسة، والمكتري منكر، وقد قال - صلى الله عليه وآله وسلم -: «البينة على المدعي، واليمين على المدعى عليه». وهكذا قوله في البائع والمشتري إذا اختلفا في زيادة الثمن.

مسألة: في عمل الشيء أو حمله على جزء منه

قال: وإذا دفع رجل إلى رجل[١] حديداً ليعمل منه سكاكين بثلثه، أو ربعه، أو جزء منه معلوم، أو دفع إليه طعاماً على أن يحمله بثلثه، أو ربعه، أو جزء منه معلوم، كان ذلك جائزاً.

[أول المسألة في (الأحكام) وآخرها في (المنتخب) [٢]]،

ووجهه: أنه إذا عين منه جزءاً معلوماً للأجرة، وبيَّن للباقي عملاً معلوماً، كانت الإجارة صحيحة؛ ألا ترى أنه لو استأجره على ذلك العمل بشيء سواه، صح؟ فكذلك إذا استأجره بجزء منه معلوم؛ يبين ذلك أنه لو اشترى بذلك الجزء شيئاً، صح الشراء، فكذلك إذا استأجر به، صحت الإجارة.

مسألة: في المرضعة تسقي الصبي من لبن السائمة

قال: ولو أن رجلاً استأجر ظئراً لصبي على الإرضاع مدة معلومة، فسقته مدة نحو النصف من تلك المدة من لبن السائمة، كان له أن يفسخ تلك[٣] الإجارة، وللمرأة قيمة ما سقت.

[وهذا منصوص عليه في (المنتخب) [٤]].

واستئجار الظئر مما نبه عليه قوله تعالى: ﴿فَإِنْ أَرْضَعْنَ لَكُمْ فَآتُوهُنَّ أُجُورَهُنَّ﴾ (الطلاق: ٦)، وهو مما لا خلاف فيه.

---

(١) في (أ): الرحل إلى الرحل.
(٢) انظر الأحكام ٢ ٢/٣٠٠٤ والمنتخب: ٢٨٣.
(٣) في (أ): عقدة.
(٤) انظر المنتخب: ٢٨٣.

وأجاز فسخ الإجارة إن كانت سقته لبن السائمة، فإذا عرف منها خلاف الواجب في الظئورة، وقلة الفكر في مصالح الصبي، خِيف منها على الصبي، فصار ذلك عذراً يجوز معه فسخ الإجارة.

وأوجبنا قيمة اللبن؛ لأنه يغذوه، وإن كان دون لبن المرأة، والظئر دخلت فيما دخلت بعقد الإجارة، والتماس العوض، فلم تكن متبرعة.

مسألة: في مرض المرضعة المستأجرة

قال: وإن مرضت المرأة، كان لكل واحد من الظئر وأهل الصبي فسخ الإجارة.

[وهو منصوص عليه في (المنتخب)[١]].

أما الظئر، فلها أن تفسخ للعجز العارض لها، وتعذر القيام بما التزمته بعقد الظئورة، وهذا من أبين المعاذير: ﴿لا يُكَلِّفُ اللهُ نَفْساً إِلاَّ وُسْعَهَا﴾(البقرة: ٢٨٦).

ولأهل الصبي فسخ الإجارة؛ لوجهين:

أحدهما: ما يخشى من اختلال الأمر في تعاهد الصبي وتفقده، وذلك[٢] مما يضره.

والثاني: أن لبن العليلة يكون متغيراً من جهتها، وربما أمرض الصبي، ويضره ضرراً شديداً، فيجوز لذلك فسخ الإجارة؛ لأن جميع ذلك عذر على ما بيناه.

مسألة: في استئجار الآلات

قال: ولا /١٥٩/ بأس بإجارة آلات الصياغة[٣]، والحدادين، والحاكة، بأجرة معلومة، في مدة معلومة، فإذا انقضت مدة الإجارة، كان على المستأجر ردها إلى صاحبها، إلا أن يكون اشترط على صاحبها حملها.

---

(١) انظر المنتخب: ٢٨٤.

(٢) في (أ): ذلك.

(٣) في (أ): الصناعة ، ولعل الصواب : الصاغة.

[وهذا منصوص عليه في (المنتخب) [١]].

أجزنا إجارة هذه الآلات؛ لأن لها منافع معلومة يمكن استيفاؤها، كمنافع الدور، والحيوان، على أنه لا خلاف فيه.

وقلنا: إذا انقضت[٢] مدة الإجارة، كان على المستأجر ردها إلى صاحبها؛ لأن صاحبها أذن في كونها في يد المستأجر مدة معلومة؛ فلو لم يردها بعد انقضاء تلك المدة، كان في حكم الناصب، ولهذا نوجب[٣] عليه كراء المثل إن بقيت في يده مدة بعد تلك المدة، أما إذا كان شرط حمل صاحبها، فإنَّ ذلك يكون إذناً للمستأجر في كون الآلات في يده إلى أن يحملها صاحبها، وتجري بعد انقضاء المدة مجرى الوديعة عنده.

مسألة: في الإجارة على حفر البئر

قال: ولو أن رجلاً استأجر رجلاً على أن يحفر له بئراً حتى يخرج الماء، كانت الإجارة فاسدة؛ فإن استأجره على أن يحفر له أذرعاً معلومة، بأجرة معلومة، كانت الإجارة صحيحة.

[وهذا منصوص عليه في (المنتخب) [٤]].

قلنا: إن استأجره على حفر بئر حتى يخرج الماء، كانت الإجارة فاسدة؛ لأن خروج الماء يتفاوت، وربما[٥] أسرع، وربما أبطأ، وهذا يقتضي[٦] الجهالة فيما وقعت الإجارة عليه، فوجب أن تكون الإجارة فاسدة.

وقلنا في الثاني: إن الإجارة صحيحة؛ لأن ما وقعت الإجارة عليه معلومة مضبوطة.

---

(١) انظر المنتخب: ٢٨٦.
(٢) في (ب): انقضت الإجارة.
(٣) في (أ): يجب.
(٤) انظر المنتخب: ٢٩٢.
(٥) في (أ): وربما خرج أسرع.
(٦) في (ب): مقتضى.

مسألة: في الأجرة على الحمل من مكان إلى آخر

قال: وإذا اكترى جملاً على أن يحمل له أرطالاً معلومة، بأجرة معلومة، من المدينة إلى مكة، أو إلى عرفة، أو إلى جدة، كان ذلك جائزاً، وصح.

[وهو منصوص عليه في (المنتخب)[١].

قلنا ذلك]؛ لأن الحمل معلوم القدر، والأجرة معلومة، والمسافة معلومة، فلم يجب أن يعترض فيها الفساد، لانتفاء الجهالة عنها، فأما التعيين، فإنه يحصل باستيفاء المنافع، وبه تُستحق الأجرة عندنا، فلا يُطعن عليه من هذا الوجه.

مسألة: في أجرة المنادي

قال: وإن دفع رجل ثوباً إلى مناد ليعرضه للبيع، وشرط له إن لم يبعه نصف درهم، وإن باعه درهماً، صح ذلك.

[وهذا منصوص عليه في (المنتخب)[٢]].

ووجهه: أن الأمرين معلومان، وذكر أجرة كل واحد منهما، والبيع[٣] أمر زائد على العرض، فلم يمنع ذلك.

مسألة: في الأجرة على حمل عدد لم يذكر نوعه

قال: وإذا اكترى دابة على أن يحمل عليها ألف رطل، ولم يُسمِ شيئاً معلوماً، صحت الإجارة، ووجب أن يحمل عليها ما لا يجفو على الدواب، ولا يُعنتها.

[وهذا منصوص عليه في (المنتخب)[٤]].

ووجهه: أن المحمول معلوم القدر، وليس يجب التعيين؛ لأن هذا القدر من الجهالة

---

(١) انظر المنتخب: ٢٩٢.
(٢) انظر المنتخب: ٢٩٨.
(٣) في (أ): فالبيع.
(٤) انظر المنتخب: ٢٩٣.

لا يمكن الاحتراز /١٦٠/ منه، كما بيناه في مسألة السكنى، وفي الطحن، والزراعة.

وقلنا: لا يحمل ما يعنت الدواب؛ لأن مثل هذا يرجع فيه إلى العادات، والعادات جارية على ألا يُحمل على الدواب ما يعنتها بالإجارات المطلقة، ولهذا قال أصحاب أبي حنيفة: إن اكترى دكاناً، جاز له أن يبيع فيها كل شيء، ولم يجلس طحاناً، ولا قصاراً، ولا حداداً، لأن هذه الصنائع تؤثر في الأبنية، فكذلك ما ذكرناه.

باب القول في وجوب الأجرة

مسألة: في ما يوجب الأجرة

الأجرة تجب باستيفاء المنافع، دون عقد الإجارة، تخريجاً، ولا فصل في هذا بين أن تكون الإجارة صحيحة، أو فاسدة، وكذا القول في أجرة الصانع إنها تجب بالعمل، دون العقد، صحت الإجارة، أو فسدت.

والدليل على ذلك: قول الله تعالى: ﴿فَإِنْ أَرْضَعْنَ لَكُمْ فَآتُوهُنَّ أُجُورَهُنَّ﴾(الطلاق:٦) فأوجب إيتاء الأجرة بعد الإرضاع، وروي عن النبي – صلى الله عليه وآله وسلم – قال: « اعط الأجير أجره قبل أن يجف عرقه»[١]. وهذا يكون بعد العمل، وروي عنه أنه: (يقول لكم ربكم:[٢] ثلاثة أنا خصمهم: من استأجر أجيراً فاستوفى منه، ولم يوفه أجره)[٣]. يدل ذلك على إيجاب توفير الأجرة بعد استيفاء العمل؛ ألا ترى أن الذي وجب أن يكون في العقد – وهو كون الأجرة معلومة[٤]ـــ قال فيه – صلى الله عليه وآله وسلم –: «من استأجر أجيراً، فليعلمه أجره». ولو كانت الأجرة واجبة بالعقد، لكان النبي – صلى الله عليه وآله وسلم – يقول: اعط الأجير أجره إذا استأجرته، وكان يجب أن يقول في الحديث الذي قال: ثلاثة أنا خصمهم، رجل استأجر أجيراً فلم يوفه أجره، فلما لم يقل ذلك، وإنما أوجب الأجر بعد استيفاء العمل، صح ما ذهبنا إليه من أن الأجرة باستيفاء المنافع، وأيضاً قد ثبت أن الإجارة

---

(١) أخرجه أبو يعلى ٣٥/١٢، والبيهقي ١٢٠/٦عن أبي هريرة، وابن ماجة ٨١٧/٢عن ابن عمر، والطبراني في الصغير ١/ ٤٣ عن جابر.

(٢) سقط من (ب) يقول لكم ربكم.

(٣) أخرجه عن أبي هريرة: البخاري ٧٩٢/٢ ، والبيهقي ١٢١/٦ ، وأحمد ٣٥٨/٢ ، وأبو يعلى ٤٤٤/١١، ولفظ الحديث: قال الله تعالى – وفي بعضها يقول لكم ربكم – : «ثلاثة أنا خصمهم يوم القيامة ، رجل أعطى بي ثم غدر ، ورجل باع حراً فأكل ثمنه، ورجل استأجر أجيرا فاستوفى منه ولم يعطه أجره».

(٤) في (ب): في العقد مذكوراً الأجرة ، قال فيه.

كالبيع، لأنها تجري مجرى بيع المنافع، فكما أن البائع لا يستحق الثمن إلا مع تسليم ما يقابله من العوض، وهو السلعة، فكذلك المستأجر منه لا يستحق الأجرة إلا بتسليم ما يقابلها من العوض، وهو استيفاء المنافع؛ والعلة أنه عقد معاوضة، فوجب أن يكون توفية العوض والمعوض منه معاً.

فإن قيل: ما أنكرتم أن[١] قبض المستأجر الشيء يوجب توفير الأجرة بإزائه.

قيل له: ليس ما يقابل الأجرة هو الرقبة، وإنما[٢] هو /١٦١/ المنافع، فلا تجب الأجرة بقبض الرقبة، إذ ليست هي مقابلة الأجرة، على أن قبض الرقبة لا يقتضي ملك المنافع التي هي العوض، كما يجب ذلك في البيع؛ ألا ترى أن الرقبة لو تلفت، انتقضت الإجارة؟ فبان به صحة ما قلناه.

فإن قيل: إذا جاز النكاح على خدمة شهر، لم يحل[٣] البضع الذي جعل بدل الخدمة أن يُملك جزءاً بعد جزء بإزاء ما يملك من منفعة الخدمة، إذ[٤] يملك البضع بنفس العقد، فإن كان يملك في مقابلة[٥] ما حصل من المنافع ،(فهو يؤدي إلى تعليق أمر البضع، والاتفاق على خلاف ذلك.

قيل له: البضع يملك بعقد النكاح)[٦]، وإن لم يحصل العوض المقابل؛ لأن ملك البضع غير موقوف على ملك العوض كالبيع، يكون ملك المبيع موقوفاً على ملك العوض؛ ألا ترى أن البضع يملك بعقد النكاح[٧]، وإن لم يذكر المهر أصلاً، أو ذُكر مهر فاسد؟ على أن البضع أيضاً يملك بمهر مؤجل، كالمبيع يملك بثمن مؤجل، ونحن لا ننكر جواز اشتراط التعجيل في الأجرة، فمن تزوج على خدمة شهر، فهو كأنه

---

(١) في (أ): أن يكون قبض.
(٢) في (أ): إنما.
(٣) في (ب): يجز.
(٤) في (ب): أو.
(٥) في (أ): مقابل.
(٦) ما بين القوسين ساقط من (أ).
(٧) في (أ): نكاح.

اشترط تعجيل عوض الخدمة، وهو البضع؛ لأن البضع لا يصح ثبوته في الذمة، فهو مشترط للتعجيل حكماً، فيلزم أن يشترطه لفظاً[(١)]، كما أن المرأة اشترطت التأجيل في العوض - وهي خدمة شهر - حكماً، و لم تشترط لفظاً، فدل جميع ذلك [على] أن البضع لم يملك لكونه أجرة، فبطل ما اعتمدوه.

فإن قيل: لو لم تكن المنافع المعدومة في حكم الموجودة المقبوضة، لم يصح[(٢)] أن تعقد الإجارة على أجرة مؤجلة، لأنه يكون بمترلة دين بدين، وقد نهى النبي - صلى الله عليه وآله وسلم - عن ذلك، وأيضاً[(٣)] للمستأجر أن يؤجر ما لا يقع القبض فيه، وكل ذلك يُبين أنه في حكم المقبوض.

قيل له: إن الإجارة وإن كانت كالبيع، فإن البياعات تختلف، فيجوز في بعضها مالا يجوز في بعض؛ ألا ترى أن الصرف قد اختص بما لا يختص به غيره من البيوع، وكذلك السلم؟ فكذلك حكم الإجارة لا يمتنع أن يختص بأمور، فيجوز فيها ما لا يجوز في سائر البيوع، فلم يجب ما ادعيتموه من كون المنافع في حكم المقبوض على جميع الوجوه؛ على أن هذه المنافع قد جعلت في حكم المقبوض في مواضع وفي حكم ما لم يقبض في مواضع؛ ألا ترى أنه لا خلاف في أن المستأجَر إذا تلف، رجع المستأجر بالأجرة، و لم تجعل المنافع من حكم المقبوض؟ فإذا ثبت ذلك، فهي الحقيقة غير مقبوضة، فلا /١٦٢/ يجب أن تجعل في حكم المقبوض، إلا في المواضع التي أجمع عليها؛ فأما إن اشترط التعجيل والتأجيل، فهو الواجب، لقوله - صلى الله عليه وآله وسلم -: «المسلمون عند شروطهم». وقوله تعالى: ﴿أَوْفُوا بِالْعُقُودِ﴾(المائدة: ١)، وما ذكرنا يدل على أن ذلك حكم أجرة الصناع؛ فإذا ثبت ما قلنا في الإجارة الصحيحة، فهو أولى في الإجارة الفاسدة.

---

(١) في هامش (ب): فيلزم وإن لم يشترطه لفظاً.
(٢) في (أ): يجز.
(٣) في (أ): كان يجوز للمستأجر.

مسألة: في استيفاء المنافع بالإجارة الفاسدة

كل من استأجر شيئاً إجارة فاسدة، ثم استوفى منافعه، لزمه أجرة المثل دون المشروط؛ وكذا القول في الصانع إن تقبّل عملاً من غير أن يعقد، فعمله، فله أجرة المثل. وتسليم العمل بمنزلة العقد الفاسد في الأجرة والضمان إذا سلمه الصانع.

لا خلاف في من استأجر إجارة فاسدة، ثم استوفى المنافع، أنه يلزمه أجرة المثل، كما أن من اشترى شيئاً[1] فاسداً ثم قبضه، واستهلكه، لزمه العوض، على أن ذلك على مذهبنا أوضح، لإيجابنا على الغاصب كراء المثل؛ لأن المستأجر إجارة فاسدة أحسن حالاً من الغاصب، ولا يجب المشروط؛ لأن وجوبه مستند إلى العقد، فإذا فسد العقد، زال الوجوب.

ووجه ما قلناه من أن تسليم العمل يجري مجرى العقد الفاسد: ما ظهر التعامل به بين الناس من غير تناكر من المسلمين في الصناع[2]، وهذا كله كما نقول في المحقرات من المطعوم وما جرى مجراها: إنه يصح تملكه بالقبض والرضا؛ للعادة الجارية بين المسلمين، وهذا قد[3] أجمعوا عليه في دخول الحمام من غير العقد على شيء.

مسألة: في جعل الأجرة ما زاد على الثمن المحدد للمبيع

قال: ولو أن رجلاً دفع شيئاً إلى رجل فقال: بعه، فما زاد على كذا، فلك[4]، أو بيني وبينك، فهو فاسد، وله إذا باع أجرة المثل.

[وهو منصوص عليه في (الأحكام) و(المنتخب)[5]].

ووجه فساده: أن الأجرة مجهولة، وقد بينا أن الإجارة لا تصح حتى تكون الأجرة معلومة، كما أن البيع لا يصح حتى يكون الثمن معلوماً؛ وأوجبنا أجرة المثل؛ لأنه قد عمل، واستوفى صاحب المتاع نفعه، فوجبت له أجرة المثل بما عمل.

---

(١) في (أ): شيئاً شراءً.

(٢) في(أ): الضياع.

(٣) في (أ): وأجمعوا.

(٤) في (أ): فهو لك.

(٥) انظر الأحكام ٢/ ٥٥، والمنتخب ١٩٧ - ١٩٨.

مسألة: في زيادة المستأجر على مدة الإجارة

قال: ولو أن رجلاً استأجر من رجل داراً شهراً، ثم سكنها شهرين، وجب عليه أجرة الشهر الثاني، وكذلك إن لم يسكنها الشهر الثاني، ولكنه أغلق بابها، ولم يسلمها إلى صاحبها، ولم يشهد على تفريغها، كان له أجرة الشهر الثاني أيضاً، وكذلك إن اكترى حماراً يوماً، فحبسه شهراً، وجب عليه كراءُ الشهر - عمل عليه، أو لم يعمل - إلا أن يكون حبسه لعذر، كعذر الرد في الأصح.

[وهو منصوص عليه في (المنتخب)(١)].

والخلاف في هذا بيننا وبين أبي حنيفة؛ لأنهم لا يوجبون كراء المثل على الغاصب، ونحن نوجبه عليه، وحكمه حكمه في أنه غاصب، فلذلك أو جبنا عليه الكراء، فأما ما كان الحبس /١٦٣/ لتعذر الرد، فليس بغاصب، فلذلك لم نوجب عليه الكراء، فإن استعمله مع ذلك، كان غاصباً، ولزمه الكراء.

مسألة: في حبس الأجير ما استؤجر عليه طلباً لأجرته

قال: ومن عمل لرجل شيئاً، أو حمل له بالأُجرة، كان له ألا يسلمه إلى صاحبه حتى يستوفي(٢) أجرته.

وقال أبو حنيفة مثل ذلك في الصناع، كالصانع(٣)، والخياط، والإسكاف، ونحوه، وقالوا ليس ذلك للحمال، والمكاري.

ووجه ما ذهبنا إليه أنَّ الحمال قد فعل في المحمول ما التزمه بعقد الإجارة، فوجب أن يكون له حبسه حتى يستوفي أجرته، كالصانع.

والأصل في جميع ذلك مالا خلاف فيه من أن للبائع أن يمتنع من تسليم المبيع إلى

---

(١) انظر المنتخب ٢٧٤، ٢٧٩.

(٢) لم أعثر على نص بهذا في مظانه، وذكر في المنتخب: ٣٠٠ منع تسليم المبيع لاستيفاء الثمن، فلعله أخذه منه.

(٣) كذا، ولعله: الصائغ.

المشتري حتى يستوفي الثمن، ويجب الاستيفاء في الثمن والأجرة مع تسليم المبيع، والعمل معاً، إلا أن يتشاحا، فيؤمر المشتري بتسليم الثمن أولاً ليتعين، ثم يسلم البائع؛ وهم ربما قالوا: إن المكاري والحمال ليس لهما عمل قائم في الحمل، فليس لهما الامتناع من[١] التسليم، والصناع لهم أعمال قائمة، فلهم الامتناع من التسليم، يريدون الصائغ[٢] والحداد ونحوهما، وهذا كلام لا محصول له؛ لأنهم إن أرادوا[٣] الكلام في الأعراض وبقائها، فهذا الكلام لا تأثير له فيما نحن بصدده، ويمكن أن يقال في الحمال ما يقال في الصانع، وإن أرادوا وجهاً غير هذا، فلا محصول له، فيكون عبارة لا معنى لجهتها، على أن النقش لو قيل إنه[٤] ليس بعمل قائم للنقاش[٥]، كان أظهر، وما أظنهم يمتنعون من أن للنقاش الامتناع من تسليم المنقوش حتى يستوفي أجرته.

مسألة: في الإجارة على ما يؤاجر الناس

قال: ولو استأجر رجل من رجل بعيراً على أن يكون كراؤه ما يكرى للناس[٦]، كان ذلك فاسداً.

[وهو منصوص عليه في (المنتخب) [٧]].

ووجه فساده: أن الأجرة، مجهولة، وقد بينا أن الجهالة في الأجرة تقتضي فساد الإجارة؛ فإن حمل عليه، كان له أجرة مثله؛ وإن اختلف[٨] ذلك، حكم عليه بالوسط من ذلك.

قلنا: إن له أجرة المثل؛ لأن حمل المنافع قد حصلت للمستأجر بإجارة فاسدة،

---

(١) في (أ): عن.
(٢) في (أ): الصانع.
(٣) من (ب) سقط: إن.
(٤) في (أ): على أنه.
(٥) في (أ): للنقاش في المنقوش.
(٦) في (أ): الناس.
(٧) انظر المنتخب ٢٧٦.
(٨) في (أ): اختلف في ذلك.

فيجب له أجرة المثل على ما تقدم، والرجوع في ذلك وفي قيم المتلفات وأروش الجنايات التي اختلف فيها، إنما هو إلى الوسط، فلذلك قلنا في هذا: إنه يرجع إلى الوسط، لأنه أقرب إلى العدل، لأنه[١] لا يكون الحيف[٢] على المستأجر، ولا المستأجر[٣] منه.

مسألة: في انتقاض الإجارة بعد مضي بعضها

قال: وكل إجارة صحيحة انتقضت للعذر بعدما انقضى[٤] شطر منها، وجب فيها من الأجرة بحساب ما انقضى.

[وهو منصوص عليه في (المنتخب)[٥]].

ووجهه: أن تلك المنافع قد استوفاها بإجارة صحيحة، فيجب أن يوفيه ما يقابلها من العوض، كما أنه لو استوفى الجميع، وجب أن يوفي جميع الأجرة، على أن ذلك لا يجب أن يكون أسوأ حالاً من الإجارة الفاسدة، فلا بد من أن يوفي الأجرة.

مسألة: في امتناع المستأجر أو المستأجر منه من الحمل

قال: ولو أن رجلاً استأجر /١٦٤/ جملاً من المدينة على أن يسير به إلى مكة، ويحمل من مكة إلى المدينة حملاً له، فلما انتهى إلى مكة، امتنع من أن يحمل عليه لا لعذر، حُكم عليه بالأجرة، وكذلك إن امتنع الحمال لا لعذر حكم بحمله.

[وهو منصوص عليه في (المنتخب)[٦]].

والأصل في هذا: ما بيناه من قبل أن الإجارة لا تنتقض إلا لعذر، فإذا ثبت ذلك،

---

(١) في (أ): لأنه.
(٢) في (ب): الحمل. وظنن على ما أثبتناه.
(٣) في (أ): والمستأجر.
(٤) في (ب): قضى.
(٥) انظر المنتخب ٢٨٧.
(٦) انظر المنتخب ٢٨٤.

فمتى[1] استأجر الرجل جملاً بأجرة معلومة، وسلم الجمل، لزمه الكراء، و لم يكن له فسخ الإجارة إلا لعذر، كذلك الحمال ليس له ذلك إلا لعذر، فمتى امتنع، حكم عليه بإتمام ما التزم بعقد الإجارة، وأُلزم أن يحمل على جمله ما شُرط عليه.

مسألة: في الإجارة على حمل الرسالة

قال: ولو أن رجلاً استأجر رجلاً على أن يحمل كتابه إلى رجل، ويرجع بجوابه إليه، فلم يصادف الأجيرُ المحمولَ إليه، و لم يأخذ الجواب، أو ضاع الكتاب، فلا أجرة له.

[وهذا منصوص عليه في (المنتخب) [2]].

ووجه ذلك: أن الإجارة لا يستحق أخذ الأجرة عليها إلا إذا حصلت على الغرض المقصود، فمتى استأجره ليرجع بالجواب[3] إليه، كان غرضه مقصوراً عليه، وعليه وقعت الإجارة، فمتى لم يفعل ذلك - لعائق، أو غير عائق - لم يستحق الأجرة؛ لأن الذي في مقابلتها من النفع - وهو رد الجواب إليه - لم يحصل، وعلى هذا قال في (الفنون) [4]: من استأجر أجيراً ليحج عن الميت، فانصرف من بعض الطريق لعائق منعه، إنه لا شيء له من الأجرة؛ لأن الغرض المقابل للأجرة لم يحصل، ولا شيء منه، فلم يجب أن يحصل شيء من الأجرة.

قال: فإن كان[5] استأجره على أن يوصل الكتاب إليه، ففعل ذلك، استحق الأجرة، وإن لم يعد بالجواب.

[وهو منصوص عليه في (المنتخب) [6].

---

(١) في (أ): فما.
(٢) انظر المنتخب ٢٨٥.
(٣) في (أ): بالجواب، و لم يرجع به، وسواء كان ذلك لعائق أو لغير عائق لم يستحق.
(٤) انظر الفنون ٤٤٧.
(٥) في (أ): فإن استأجره.
(٦) انظر المنتخب: ٢٨٥.

قلنا ذلك]؛ لأن الغرض في هذا مقصور على الإيصال، فمتى حصل ذلك، وجب أن يوفي ما يقابله من الأجرة.

مسألة: في ترك المؤجر في بعض الطريق

قال: ولو أن رجلاً استأجر من رجل جمله ليحمله عليه إلى موضع معلوم بأجرة معلومة، فتركه الحمال في بعض الطريق، ولم يحمله، لم يكن للحمال من الكراء إلا إلى حيث حمله، فإن كان المكتري هو الذي تركه، وجب عليه الكراء إلى الموضع الذي شارطه، وهذا إذا كانت الإجارة تعينت في الحمل، ولم يكن المكتري سلم نفسه إلى الجمال ليحمله، فإن كان سلم نفسه إلى الجمال ليحمله، لم يتغير الجواب في ترك الجمال للمكتري في الوجهين.

[وهذا منصوص عليه في (المنتخب) [(١)]].

وذلك أن المنافع التي[(٢)] تناولتها الإجارة حصلت إلى موضع مخصوص، فوجب أن يكون ما استحقه[(٣)] الجمال من الكراء ما يقابل تلك المنافع، وأيهما خالف، يكون مسيئاً، والحكم ما بيناه؛ فأما إذا كانت الإجارة معينة في حمل المكتري، فمتى خالف المكتري الجمال في بعض الطريق، فلا أجرة للجمال إلا إلى حيث حمله؛ لأن المنافع لم تحصل إلا إلى ذلك الموضع، وإن كانت الإجارة متعينة في الجمل، فترك المكتري في /١٦٥/ بعض الطريق، فالكراء يلزمه إلى حيث شارطه[(٤)]؛ لأنه اكترى الجمل، وسلمه، ثم لم يركبه، فالمنافع في حكم الحاصل له، وإن كان هو لم ينتفع بها؛ كما نقول في الدخول: إن المرأة إذا دخلت، وسلمت نفسها، استحقت جميع المهر، وإن لم يجامعها الزوج؛ لأن نفع البضع قد حصل له، وإن كان هو لم ينتفع به.

---

(١) انظر المنتخب: ٢٨٦.
(٢) في (أ): المنافع تناولتها. وظنن على ما أثبتناه.
(٣) في (أ): يستحقه.
(٤) في (ب): شاركه.

قال: فإن حمل على الجمل[١] غير المكتري حين تركه المكتري، فلا أجرة للجمال من حيث حمل غيره ، وذلك أن الجمال قد منعه المنافع، واستوفاها لنفسه[٢]، فلم يستحق عوضها على من اكترى أولاً.

مسألة: في الزيادة على مدة الإجارة

قال: ولو أن رجلاً اكترى جملاً يحمله من المدينة إلى مكة على أن يسير به ستاً، أو سبعاً، فسار به عشراً، وجب[٣] للمكاري أجرة مثله، ولا يزاد على ما تشارطا عليه تخريجاً.

قال: وكذلك القول في الأجير، والبريد.

[وجميعه منصوص عليه في (المنتخب) [٤]].

والوجه في ذلك: أن المكاري قد خالف ما التزم، ولم يسلم المنافع على حسب ما اقتضته الإجارة، فوجب ألا يستحق المسمى، وإن لم يكن بد من أن يوفى أجرة المثل، كما نقول في الإجارة الفاسدة.

وقلنا: لا يزاد على المشروط؛ لأنه رضي - أعني الجمال - بالمشروط على أن يسير به ستاً، أو سبعاً، فلما قصر في ذلك، وخان[٥]، وخالف، ولم يوفِّ الحق على ما التزم، لم يجز أن يستحق الزيادة، فتكون الجناية سبباً لمزيد الأجرة، وهذا هو الوجه في البريد، والأجير.

مسألة: في إجارة المستأجر للمؤجر

قال: وإذا استأجر رجل من رجل شيئاً معلوماً بأجرة معلومة، كان له أن يؤاجرها غيره بمثل تلك الأجرة، وليس له أن يؤجره[٦] بأكثر من أجرته إلا بإذن صاحبه.

---

(١) في (أ): الجمال.

(٢) في (أ): بنفسه.

(٣) في (أ): وجب عليه.

(٤) انظر المنتخب: ٢٨٨.

(٥) في(أ) فلما قصر في ذلك ، خان وخالف فلم يجز أن يستحق الزيادة.

(٦) في (أ): يؤاجرها.

[وهذا منصوص عليه في (الأحكام)[1] و(المنتخب)[2]].

له أن يفعل ذلك بعد قبض المستأجر؛ لأن قبل القبض يكون كالبيع قبل القبض؛ لأن تسليم المستأجر يجري في بعض الوجوه مجرى تسليم المبيع، فإذا قبض، جاز له أن يؤاجر غيره بمثل ما استأجره؛ لأن منافعه قد صارت له حكماً، فجازت فيه التولية، كما يجوز في السلعة، على أني لا أحفظ فيه خلافاً.

فأما إجارتها بأكثر مما استأجر، فلا يجوز؛ لأنه ربح ما لم يضمن، وقد نهى النبي - صلى الله عليه وآله وسلم - عن ربح ما لم يضمن؛ لأن المنافع لم تحصل بعد في ضمانه بالقبض لها.

فإن قيل: ألستم قلتم: إن المنافع صارت في حكم المقبوض، فهلاً أجزتم الربح فيها؟

قيل له: إن المنافع في الحقيقة غير مقبوضة، وإنما قلنا إنها في حكم المقبوض في مواضع دلت الدلالة عليه، فأما على التحقيق، فلا يجوز أن تكون مقبوضة؛ ألا ترى أنه لو هلك الشيء المستأجر، بطلت الأجرة؟ فلهذا لم يجز الربح فيه، على أن المنافع لا تملك[3] /١٦٦/ أيضاً على الحقيقة فيكون ذلك ربح ما لم يملك؛ لأن المنافع لا تملك بنفس[4] العقد؛ لأنها معدومة في الحقيقة؛ فإذا أذن له فيه صاحبه - أعني الإجارة بأكثر مما استأجر - فإن أصحابنا أجازوه، لأن المستأجر إذ ذاك يكون تصرفه كأنه من قِبَل المستأجر منه، فكأنَّ الربح حصل له حكماً[5]، ثم انتقل إلى المستأجر.

مسألة: في الأجير يزيد على ما طلب منه

قال: ولو أن حائكاً أخذ غزلاً على أن ينسجه عشرة أذرع، فنسجه اثني عشر ذراعاً، كان له أجرة عشرة أذرع، وكان في الذراعين متبرعاً.

---

(١) انظر الأحكام ٢/٥٥.
(٢) انظر المنتخب ٢٨٧ ، ٢٨٩.
(٣) في (أ): لا تملك بنفس العقد أيضاً.
(٤) في (ب): بتعيين .
(٥) في (أ): ملك.

[وهذا منصوص عليه في (المنتخب) [١]].

وذلك أن الإجارة تناولت عشرة أذرع، فوجب أن يكون المستحَق هو أجرتها فقط، وأما الذراعان، فلم تتناولهما الإجارة على[٢] وجه الصحة، ولا على وجه الفساد، ولا على وجه يجري مجرى الفاسد[٣]، فلم يجب أن يستحق لهما شيئاً، وكان متبرعاً، على أنه[٤] يجري مجرى أن يأخذه فينسجه له بغير أمره، ومجرى سائر ما يتبرع به الإنسان لغيره مما يستحق به الأجرة.

قال: ولو أن صباغاً دفع إليه رجل ثوباً على أن يصبغه له لوناً بدرهم، فصبغه له لوناً أصبغ، كان الصباغ في الزيادة متبرعاً، تعمده، أو لم يتعمده.

[وهذا منصوص عليه في (المنتخب) [٥]].

ووجه هذا هو وجه ما تقدمه؛ لأن الزيادة لم يتناولها عقد الإجارة، لا على وجه الصحة، ولا على وجه الفساد، فوجب أن يكون متبرعاً في الزيادة.

مسألة: في الاختلاف على قيمة الصبغة

قال: فإن قال الصباغ: أمرتني بصبغٍ يساوي عشرة، وقال صاحب الثوب: أمرتك بصبغ يساوي خمسة، كانت البينة على الصَّباغ، واليمين على صاحب الثوب.

[وهو منصوص عليه في (المنتخب)].

قلنا ذلك]؛ لأن الصباغ هو المدعي، وصاحب الثوب هو المنكر؛ ألا ترى أن الصباغ يحاول أن يُلزم صاحب الثوب حقاً لم يثبت عليه، وصاحب الثوب يمانعه ذلك؟

---

(١) انظر المنتخب: ٢٩٥.
(٢) في (ب): لا على.
(٣) في (أ): الفساد.
(٤) في (أ): لأنه.
(٥) انظر المنتخب: ٢٩٦.

مسألة: في استحقاق الثوب بعد التأجير لخياطته

قال: وإذا دفع الرجل ثوباً إلى خياط ليقطعه قميصاً، ويخيطه، فقطعه، وخاطه، ثم استُحق الثوب، كانت الأجرة على من أمر بتقطيع[1] الثوب. [وهذا منصوص عليه في (المنتخب)[2]].

ووجهه: أن المستأجر له على ذلك دون صاحب الثوب، فيلزمه الأجرة، كالوكيل، والمتبرع على غيره[3] بذلك، ولا معتبر بكون الشيء ملكاً لغيره إذا كان هو المستأجر، وليس له أن يرجع على صاحب الثوب؛ لأنه فعله بغير أمر صاحب الثوب، كما قلنا في النساج والصباغ، ويكون بذلك متبرعاً.

مسألة: في الإهداء لمن قضى الحاجة

قال القاسم - عليه السلام -:

ولو أن رجلاً كلم رجلاً في حاجة لرجل، فأهدى إليه شيئاً، جاز له ذلك.

يجوز ما قاله إذا لم يكن مشروطاً، فإن كان مشروطاً، لم يجز[4]؛ للنهي الوارد فيه، فأما إذا لم يكن مشروطاً، فهو جائز لأن ذلك مقابلة الإحسان بالإحسان، ومكافأة على الإحسان، وقد قال الله تعالى: ﴿هَلْ جَزَاءُ الإِحْسَانِ إِلاَّ /١٦٧/ الإِحْسَانُ﴾(الرحمن:٦٠)، وقال: ﴿وَإِذَا حُيِّيْتُم بِتَحِيَّةٍ فَحَيُّوا بِأَحْسَنَ مِنْهَا أَوْ رُدُّوهَا﴾(النساء: ٨٦).

مسألة: في أجرة الحجام

قال القاسم - عليه السلام -: ولا بأس بكسب الحجام؛ لأنه صنعة مباحة، وروي أن النبي[5] - صلى الله عليه وآله وسلم - أمر حجاماً فحجمه[6].

---

(١) في (أ): بقطع.
(٢) انظر المنتخب: ٢٩٥.
(٣) في (أ): والمتبرع غيره.
(٤) في (أ): يجز ذلك.
(٥) في (أ): رسول الله.

وروى محمد بن منصور بإسناده، عن علي - عليه السلام - قال: «احتجم رسول الله - صلى الله عليه وآله وسلم - ، فأمرني فأعطيت الحجام صاعاً»[١].

وروى بإسناده عن ابن عباس قال)[٢] : احتجم رسول الله - صلى الله عليه وآله وسلم - وأعطى الحجام أجرته[٣].

مسألة: في الرشوة على الحكم

قال: والرُشا[٤] على الحكم حرام.

[وهو منصوص عليه في (الأحكام)[٥]].

لا خلاف في كونه حراماً بين المسلمين، لأن المرتشي آثم؛ لأنه أخذ العوض على ما لزمه، ووجب عليه.

فإن قيل: إنكم تجوزون أن يأخذ القاضي رزقاً من الإمام، وروي أن أمير المؤمنين أعطى شريحاً.

قيل له: هذا ليس بارتشاء، لأن الارتشاء أن يأخذ من أحد الخصمين، إما ليَظلم، أو ليُنصف، وعلى كلا الوجهين هو حرام، وما يأخذ القاضي من الإمام ليس على هذا الوجه؛ لأنه يجري مجرى ما يأخذه الإمام لنفسه من بيت مال المسلمين يستعين به على ما هو فيه من تحري مصالح المسلمين.

مسألة: في أجرة الكاهن والبغيّ

وأجرة الكاهن، والبغي، حرام.

[وهو منصوص عليه في (الأحكام)[٦]].

---

(١) أخرجه محمد في الأمالي ١٨٧/٣ وفيه: ثم قال للحجام حين فرغ : كم خراجك ؟ فقال : صاعان ، فوضع عنه صاعاً فأمرني فأعطيته صاعين.

(٢) ما بين القوسين سقط من (أ).

(٣) أخرجه في الأمالي ١٨٧/٣.

(٤) في (أ): والإرشاء.

(٥) انظر الأحكام: ٤٥٦/٢.

(٦) انظر الأحكام: ٤٥٦/٢.

قلنا ذلك]؛ لأن رسول الله - صلى الله عليه وآله وسلم - روي عنه ذلك[١]، وقال الله - عز وجل -: ﴿لا تأكلوا أموالكم بينكم بالباطل﴾(النساء: ٢٩)، وهذا من أكل المال بالباطل.

مسألة: في أجرة الغازي

وتكره أجرة الغازي في سبيل الله، وهو الذي لا يخرج إلا بأجرة.

[وهو منصوص عليه في (الأحكام) [٢]].

وذلك لأنه[٣] أخذ العوض على ما هو قربة وطاعة، بل واجب، وذلك لا يجوز، وقوله: وهو الذي لا يخرج إلا بأجرة، يدل على أنه يجوز للغازي الذي يخرج متقرباً إلى الله تعالى أن يأخذ ما يهدى إليه، إذا لم يكن ذلك[٤] مشروطاً، كما يجوز للمؤذن، ولمن يُعلم القرآن، ولمن يعين إنساناً في حاجة له.

مسألة: في أجرة عسب الفحل وأجرة السمسار

قال القاسم - عليه السلام -: ويكره [تأجير] عسب الفحل إتباعاً للأثر.

هو كما قال - عليه السلام - والأثر الوارد فيه مشهور[٥].

قال: وتكره أجرة السمسار، إلا أن يستأجر بأجرة معلومة، على شيء معلوم، وذلك أن المجازفة فيه تعظم، وتكبر، وتخرج عن أجرة المثل، ولا يأخذ السمسار على شيء معلوم على قدر عمله، وإنما يأخذ على قدر السلعة، فأما إن أخذ بإذن صاحب المال على قدر العمل، لم يكره ذلك، وجرى مجرى سائر الصناع.

---

(١) أخرجه البخاري ٧٩٧/٢، وابن حبان ٥٥٤/١١، ٥٦٢، وأبو داود ٢٦٦/٣ عن أبي هريرة وأبي مسعود الأنصاري وأبي جحيفة .
(٢) انظر الأحكام: ٢/ ٤٥٦.
(٣) في (أ): أنه.
(٤) سقط من (أ) ذلك.
(٥) هو ما رواه البخاري ٧٩٧/٢، والحاكم ٤٩/٢، والترمذي ٥٧٢/٣، وأبو عوانة ٣٥٥/٣، وأبو داود ٢٦٧/٣ عن ابن عمر، أن النبي - صلى الله عليه وآله وسلم - نهى عنه.

باب القول في ضمان الأجير

مسألة: في ضمان الأجير المشترك

كل ما تلف على[1] الأجير المشترك مما استؤجر على عمله، فهو ضامن له، سواء تلف بجناية، أو بغير جناية، إلا أن يكون تلف بأمر غالب لا قِبل له بدفعه.

[وهو منصوص عليه في (المنتخب)[2]].

وهذا قول أبي يوسف، ومحمد، وإجماع أهل البيت - عليهم السلام - وقول أمير المؤمنين - عليه السلام -. وخالف فيه أبو حنيفة وسائر أصحابه، غير أبي يوسف، ومحمد. /١٦٨/ وللشافعي فيه قولان.

والأصل فيه: ما روي عن علي - عليه السلام - أنه كان يُضَمِّن الأجير المشترك، ويقول لا يُصلح الناس إلا ذلك، ففيه وجهان من الدلالة: أحدهما على أصولنا: هو قول أمير المؤمنين - عليه السلام - وعندنا أنه[3] يجب اتباعه، ولا يجوز مخالفته.

والثاني قوله: لا يصلح الناس إلا ذلك، وذلك أن المصالح لا يعلمها إلا الله - عز وجل - والرسول بتعريف الله إياه، فكان ذلك دليلاً على أنه قال ما قال توقيفاً عن رسول الله - صلى الله عليه وآله وسلم - فجرى مجرى النص عليه.

فإن قيل: لعلَّه أراد أن الناس لا يصلحهم إلا ذلك بأكثر الرأي عنده.

قيل له: حمل الخبر على ذلك حمل له على المجاز بغير دليل؛ لأنه لا يكون صلاحاً على الحقيقة، وإنما يكون عنده أنه كذلك، وهذا لا معنى له، وأيضاً لا يجوز تضمين الأموال، ولو غلب على ظن الإمام، أو الحاكم، أن ذلك أصلح لهم[4]، هذا ما لا

---

(١) في (أ): عند.

(٢) انظر المنتخب: ٢٧٥.

(٣) سقط: أنه من (ب).

(٤) في (أ): أصلح هذا.

خلاف فيه، فلم يبقَ إلا ما قلناه، وأيضا قد ثبت أن الأجير المشترك مضمون عليه عمله الذي استؤجر عليه، ولهذا نوجب عليه ضمان[١] (ما وقع بفعله)[٢] فإذا ثبت ذلك، وجب أن يضمن إذا ضاع عنده، لأن الحفظ مضمون عليه؛ لأنه لا ينال العمل إلا بالحفظ، فإذا ثبت ذلك، وجب أن يضمن إذا ضاع عنده؛ لأنه قصر في الحفظ، وهو داخل في جملة ما أخذ الأجرة عليه.

فإن قيل: لو كان ذلك كذلك، لوجب في الخياط إذا بقي الثوب عنده برهة، ثم رده من غير أن يخيطه للعذر، أن يستحق على الحفظ قسطاً من الأجرة، فلما أجمعوا على أنه لا يستحق بذلك شيئاً من الأجرة، دل على أنه لم يدخل في جملة ما أخذ[٣] عليه الأجرة.

قيل له: الحفظ دخل فيه على سبيل التبع، فلم يجب أن يكون له قسط من الأجرة إذا انفرد؛ ألا ترى أن من اشترى ناقة حاملاً، فنتجت قبل أن يقبضها المشتري، وتلف الفصيل، أنه لا يُحط له شيء من الثمن، وإن كان الفصيل داخلاً في جملة ما استحق به الثمن؟ لأنه دخل في ذلك على سبيل التبع، (ولم يكن مقصوداً إليه، كذلك الحفظ دخل في جملة ما استحق عليه الأجرة على سبيل التبع)[٤]، ولم يكن له حظ من الأجرة إذا انفرد، ولم يجب أن يدل ذلك على أنه لم يدخل فيه.

وتحرير القياس فيه أن يقال: قد ثبت أن الحفظ من جملة ما استحق عليه الصانع العوض، فوجب أن يضمن ما أتى من جهته، كما يضمن ما أتى من جهة الصنعة، فإذا أتي من جهة أمر غالب، فلم يؤتَ من جهة الحفظ؛ لأن الحفظ لا يغير في ذلك شيئاً، فلذلك قلنا إنه لا يضمن إذا[٥] أتي من ذلك؛ فأما ما جنته يده، فلا خلاف بيننا وبين أبي حنيفة في ضمانه. وقال زفر: لا يضمن إلا بالتعدي. ويبطل قولَه ما سلف؛

---

(١) في (أ): تضمين.
(٢) سقط من (أ) ما بين القوسين.
(٣) في (أ): استحق.
(٤) ما بين القوسين سقط من (أ).
(٥) في (أ): ما.

ويوضح ذلك /١٦٩/ بأن يقال: إن الأجر لما كان مستحقاً على العمل، كان العمل مضموناً عليه؛ لأن عقود المعاوضات تقتضي الضمان، فإذا ثبت أن العمل مضمون، وجب أن يكون ما يحدث عنه مضموناً.

مسألة: في ضمان الأجير الخاص

قال: وما تلف في يد الأجير الخاص، فلا ضمان عليه فيه، إلا أن يكون تلف بجناية منه.

[وهو منصوص عليه في (المنتخب)[١]].

وهذا مما لا خلاف فيه، إلا ما يحكى عن الشافعي أنه أحد قوليه، وذلك لا معنى له؛ لأن الأجير الخاص لا يستحق الأجرة على العمل، وإنما يستحقها على تسليم[٢] نفسه للعمل؛ ألا ترى أنه لو سلم نفسه للعمل إلى المستأجر، استحق الأجرة، سواء استعمله المستأجر، أو لم يستعمله؟ وليس كذلك الأجير المشترك؛ لأنه لا يستحق الأجرة إلاَّ بأن يعمل، فبان أن الأجير الخاص عمله غير مضمون عليه؛ إذ لم يستحق الأجرة عليه، وإذا لم يكن مضموناً، فلا معنى لتَضمينه ما ضاع على يديه بغير جناية منه، فأما إذا كان بجناية منه، فلا خلاف في ضمانه.

مسألة: في المستأجر يدعي التفريط على الأجير

قال: وإذا ادعى المستأجر عليه التفريط، وأنكر الأجير، فالبينة على المستأجر، واليمين على الأجير.

[وهو منصوص عليه في (المنتخب)[٣]].

ووجهه: أن المستأجر هو المدعي؛ لأنه يُلزمه حقاً بجناية لم تثبت عليه، والأجير منكر له، فوجب أن تكون البينة على المستأجر لكونه مدعياً، واليمين على الأجير

---

(١) انظر المنتخب: ٢٩٢ ، ٢٩٧.

(٢) في (ب): تسلم.

(٣) انظر المنتخب: ٢٩٢.

لكونه منكراً، وأيضاً قد بينا أن الأجير الخاص أمين، والقول قول الأمين إذا أنكر الجناية مع يمينه، كالمودَع، القول قوله مع يمينه.

مسألة: في ضمان الحمال ما تلف أو أخذ عليه

قال: وإذا اكترى رجل من رجل جملاً على أن يحمل له حملاً، فحمله المكاري، فأخذ منه الحمل في الطريق، ضمنه المكاري، إلا أن يكون أخذ بأمر غالب.

[وهذا منصوص عليه في (المنتخب) (١)]

والمراد بهذا إذا لم يعين(٢) الكراء في الجمل، لأن الحمال يكون أجيراً مشتركاً؛ ألا ترى أنه هو الذي سُلم(٣) الحمل، لا أنه سلم جمله؟

قال: وإن اكترى على أنه يحمل له دهناً في قارورة، أو سمناً في زق، فانكسرت القارورة، أو انخرق الزق، وذهب ما فيهما، ضمنه المكاري، ووجب له الكراء إلى حيث سلم، يتقاصان ذلك.

[وهو منصوص عليه في (المنتخب) (٤)].

أما انخراق الزق، فإنه يكون على وجهين: قد ينخرق بأن يكون الزق ضعيفاً، ويملأ من الدهن بحيث يقل الخلاء فيه، فينشق الزق من ذي قُبل من غير أن يصيبه شيء، فإن(٥) كان كذلك، فيجب ألا يضمن المكاري(٦)؛ لأنه لم يؤتَ من التقصير في الحفظ، وقد ينخرق بأن يصيبه شيء، أو يلحقه عنف في الرفع والوضع، فإن كان كذلك، ضمنه المكاري؛ لأن ذلك يكون من سوء الحفظ، وهو الذي أراده في المسألة.

وأما القارورة إذا كانت صحيحة، فإنها لا تنكسر إلا لأمر يصيبها، أو عنف

(١) انظر المنتخب: ٢٧٧.
(٢) في (أ): إذا تعين.
(٣) في (أ): تسلم.
(٤) انظر المنتخب: ٢٨٥ - ٢٨٦.
(٥) في (أ): فإذا.
(٦) في (أ): للمكاري.

يلحقها في الرفع والوضع، فلا بد من[1] أن يضمنها المكاري، لأن هذا يكون من سوء الحفظ.

قال: وإذا حفظ[2] المكاري الحمل، فذهب في منزله، أو منزل /١٧٠/ لصاحب[3] الحمل قبل تسليمه إليه، ضمنه، إلا أن يكون ذهب بأمر غالب، وذلك لأنه بعد في ضمانه، لم يقع تسليمه إلى صاحبه، كالبائع، يكون المبيع في ضمانه قبل تسليمه إلى المشتري.

[وهو منصوص عليه في (المنتخب)[4]].

مسألة: في نقصان مال المستأجر عند الأجير

قال: وإن سلم إليه بالكيل، أو الوزن، أو العدد، ثم وجده ناقصاً، لزم المكاري ما نقص منه.

أما ما نقص من جهة العدد، فهو كذلك، وأما ما نقص من جهة الكيل، أو الوزن، فإن كان الشيء مما يتناقص بالجفاف، فلا شيء فيه على المكاري؛ لأنه لم يَجنِ، وإن كان مما لا يتناقص بالجفاف، فهو على ما قال؛ لأنه يكون أُتي من سوء الحفظ.

قال: فإن كان المكاري دفعه إلى مكارٍ آخر، ضمن المكاري الأول لصاحب الحمل، وضمن المكاري الثاني للمكاري الأول.

وذلك أن الشيء ضاع على يد المكاري الثاني، فوجب أن يضمن للمكاري الأول[5]؛ لأنه ضمن لصاحب الحمل، فإن أنكره المكاري الثاني ، فعليه اليمين؛ لأنه منكر، وعلى المكاري الأول البينة؛ لأنه المدعي.

---

(١) في (أ): من يضمنها.

(٢) في (أ): حمل.

(٣) في (أ): منزل صاحب.

(٤) انظر المنتخب: ٢٧٨.

(٥) في (أ): للمكاري الأول وذلك أن الشيء ضاع على يد المكاري الثاني، فوجب.

قال: وإن أنكره المكاري الأول، كان عليه اليمين، وعلى صاحب الحمل البينة، لأنه هو المدعي، ولا شيء على المكاري الثاني؛ لأن المكاري الأول لا يدعيه عليه، والتداعي بين صاحب الحمل والمكاري الأول.

[وجميع ما تقدم منصوص عليه في (المنتخب)[١]].

مسألة: في جعل بعض المحمول أجرة فيسرق

قال: فإن دفع رجل إلى المكاري طعاماً، أو غيره، ليحمله بنصفه، أو ثلثه ، فسرق في بعض الطريق، ضمنه المكاري كله، إلا مقدار كرائه إلى الموضع الذي سلمه[٢] إليه.

[وهو منصوص عليه في (المنتخب)[٣]].

وذلك أن المكاري يكون مستحقاً لذلك القدر، فكأنه ضاع من ماله، فلم يلزمه ضمانه، ولزمه ضمان سائره؛ لأنه أجير مشترك.

مسألة: في اختلاف الحائك والمستأجر على الغزل

قال: وإن دفع غزلاً إلى الحائك لينسج له ثوباً، فلما نسج، ادعى على الحائك أنه أبدل الغزل، فإن القول قول الحائك مع يمينه، وذلك أن صاحب الغزل يدعي عليه جناية هو لها[٤] منكر، فوجب أن يكون القول قوله مع يمينه.

قال: وإذا دفعه على أن ينسج له اثني عشر ذراعاً، فنسج له عشرة أذرع، كان صاحب الغزل بالخيار، إن شاء، أخذه بقيمة الغزل، واسترجع الأجرة، وإن شاء، طالبه بنسج ذراعين.

[وجميعه منصوص عليه في (المنتخب)[٥]].

---

(١) انظر المنتخب: ٢٧٩، ٢٨٢.
(٢) في (أ): سلم.
(٣) انظر المنتخب: ٢٨٣.
(٤) في (ب): له.
(٥) انظر المنتخب: ٢٩٤ - ٢٩٥.

ووجهه: أن الحائك خالف فيما استؤجر عليه، وجعل الغزل في حكم المستهلَك؛ لأنه نسجه على خلاف ما أراد صاحبه، فخيَّرنا صاحبه بين تغريم القيمة - لأنه في حكم المستهلك، كما نقول ذلك في الغصب - وبين أن يرضى به، ويطالبه بنسيج ذراعين على ما اقتضاه الاستئجار.

مسألة: في اختلاف مع الخياط على كيفية الخياطة

قال: ولو أنه دفع إلى خياط ثوباً، فقطعه قباء، فقال صاحب الثوب: أمرتك أن تقطع قميصاً، وقال الخياط: أمرتني أن أقطع قباء، كانت /١٧١/البينة على صاحب الثوب، واليمين على الخياط.

[وهو منصوص عليه في (المنتخب) [(١)]].

حكى ابن أبي هريرة أن هذه المسألة للشافعي على قولين، وحكى عن أصحابه فيها اضطراباً شديداً، والصحيح ما ذهبنا إليه؛ لأن صاحب الثوب مقر بالإذن له في القطع، ويدعي عليه جناية لم تثبت، فوجب أن يكون هو المدعي، ووجب أن يكون الخياط هو المنكر.

فإن قيل: إذا كان عندكم أن الأجير المشترك ضامن، فالضمان (على الخياط مستقيم، وهو يحاول الإسقاط)[(٢)] عن نفسه، فهلاَّ جعلتموه مدعياً، وهلاَّ ألزمتموه البينة؟

قيل له: إن ذلك الضمان هو ضمان العين[(٣)]، والعين باقية، وليس يطالب صاحب الثوب بذلك الضمان، وإنما يطالبه بضمان لم يستقر؛ لأنه ضمان جناية لم تثبت، فوجب أن يكون المدعي هو صاحب[(٤)] الثوب، والمنكر هو الخياط، وحكي مثل قولنا عن ابن أبي ليلى.

---

(١) انظر المنتخب: ٢٩٥.

(٢) بياض في (أ).

(٣) في (أ): ضمان العين وهو لم يطالب.

(٤) في (أ): رب.

مسألة: في الصبّاغ يصبغ بلون غير اللون المشروط

قال: ولو أن رجلاً دفع إلى صباغ ثوباً ليصبغه لوناً، فصبغه غير ذلك اللون، كان صاحب الثوب بالخيار، إن شاء، أخذ ثوبه، وإن شاء، أخذ من الصباغ قيمته قبل أن يصبغه، تعمد الصباغ، أو أخطأ فيه.

[وهو منصوص عليه في (المنتخب)[1]].

ووجهه: أنه قد أفسد الثوب على صاحبه، وأخرجه عن أن يصح من صاحبه الانتفاع به مع ذلك الصبغ؛ لأن أغراض الناس في الأصباغ تختلف، فصار في حكم المستهلك، فإن شاء، أخذه، ولا شيء للصباغ، وإن شاء، ضمنه، وتركه عليه، هذا وجه ما في الكتاب من الجواب؛ والذي عندي في جوابه: أن عين الثوب باقية، وأن هذا ليس باستهلاك، فيجب أن ينظر فيه، فإن كان الصبغ زاد في قيمة الثوب، أو لم ينقص منه شيئاً، أخذ الثوب، ولا شيء للصباغ ، وإن كان الصبغ نقصه، أخذ صاحب الثوب من الصباغ قيمة النقصان؛ لأن هذا هو الأصل في الجنايات؛ ألا ترى أنا لو قلنا بخلاف ذلك، لكان لكل[2] من جُني على ملك له جناية مؤثرة أن يسلمه إلى الجاني، ويطالبه بقيمة المجني عليه؟ وهذا خلاف الإجماع، وخلاف موضوع الشرع.

مسألة: في تلف الثوب عند المنادي

قال: ولو أنه دفع ثوباً إلى المنادي ليبيعه، فضاع الثوب، ضمنه المنادي.

[وهذا منصوص عليه في (المنتخب)[3]].

ووجهه: أن المنادي هو أجير مشترك، وليس بأجير خاص، فوجب أن يضمنه على قولنا في الأجير المشترك.

---

(١) انظر المنتخب ٢٩٥.

(٢) في (ب): كل.

(٣) انظر المنتخب: ٢٩٨.

مسألة: في ضمان الأجير سميت أجرته أم لا

قال: وكل هؤلاء يضمنون ما تلف على أيديهم، سواء كانت الأجرة مسماة، أو غير مسماة(١) ، والإجارة فاسدة، أو غير فاسدة.

[وهو منصوص عليه في (المنتخب) (٢)].

ووجهه: أنه تسلم الشيء، وتقبل عمله، فصار الشيء في ضمانه؛ لأن عمله قد صار مضموناً؛ ألا ترى أنه إذا عمله، استحق الأجرة، فلو لم يعمله، لم يستحق الأجرة، وكان في حكم المتبرع؟

مسألة: في ضمان الصانع ما أفسده

قال: وكذلك يضمن الصناع ما أفسدوه بصنعتهم، نحو أن /١٧٢/ ينغل الدباغ الأديم، أو يحرق الحداد الحديد، أو يكسر النجار الخشب، أو نحو ذلك(٣). وهذا لاخلاف فيه بيننا وبين أبي حنيفة، وإنما الخلاف فيه(٤) بيننا وبين زفر، وقد مضى الكلام فيه.

قال(٥): وإن كان الإفساد أذهب(٦) من قيمته أكثر من النصف، كان(٧) صاحب الشيء بالخيار بين أن يسلمه إلى الصانع، ويأخذ قيمته صحيحاً كما دفعه، وبين أن يأخذه ويأخذ قيمة ما نقص منه من الصانع.

ووجهه: أنه جعل الأقل تابعاً للأكثر، فإذا كان الذاهب هو الأكثر، ألزم(٨) الصانع

---

(١) في (ب): مسمى.
(٢) انظر المنتخب: ٢٩٨.
(٣) في (أ): وما أشبه ذلك.
(٤) سقط من (ب) فيه.
(٥) سقط من (أ) قال.
(٦) في (أ): أفسد.
(٧) في (أ،ب): أن. وظنن في هامش (ب) على كان.
(٨) في (أ): لزم.

الجميع، إن اختار صاحب الشيء تسليمه إليه، وإن كان الذاهب هو الأقل، جعل الجميع كالحاصل، وجبره بالأرش؛ لأنه في كثير من الأصول القليل يتبع الكثير، فبنى الأمر عليه.

قال: وإن صار الشيء بحيث لا قيمة له، أخذ قيمته من الصانع، وهذا واضح، لأن جنايته أحاطت بالشيء، فجعله في حكم ما ليس بمال، فألزمه القيمة.

قال: فإن[(١)] كان الصانع أفسده بعدما عمله، فله أجرة عمله إن التزم[(٢)] النقصان، وأخذ الشيء.

ووجهه: أن النفع[(٣)] الذي حصل عليه عقد الإجارة قد حصل له، أو بعضه، ووقع التسليم، فيجب أن يستحق الصانع عوضه.

قال: والقيمة في جميع ذلك قيمته يوم دفعه[(٤)] إلى الصانع.

وهذا كما قال؛ لأنه دخل يومئذ في ضمان الصانع، كما نقول في المغصوب، إلا إن أخذ العامل أجرة عمله، فتكون القيمة قيمته معمولاً، فإن اختلف الصانع وصاحب المتاع في القيمة، فالبينة على صاحب المتاع، واليمين على الصانع؛ لأن صاحب المتاع مدع للفضل، والصانع منكر له.

[وجميع ما تقدم منصوص عليه في (المنتخب)][(٥)].

مسألة: في ضمان الحمامي ما ذهب عنده

قال: ويضمن الحمامي ما ذهب في حمامه للناس من ثوب، أو غيره.

[وهذا منصوص عليه في (المنتخب)[(٦)]].

---

(١) في (أ): وإن.

(٢) في (أ): أجرة عمله إن أخذ الشيء صاحب.

(٣) في (أ): انعقدت عليه الإجارة.

(٤) في (أ): دُفع.

(٥) انظر المنتخب: ٣٠٠.

(٦) انظر المنتخب: ٢٩٧.

ووجهه: أن الحمامي في حكم الأجير المشترك في حفظ الثياب؛ لأن العرف قد جرى بين الناس أنهم يعتمدونه لحفظ ما يتركون في الحمام، وذلك في حكم المسلم[(١)] إليه، وهو في حكم المستأجر على حفظه، وأظن أن أبا يوسف ومحمد قالا بذلك. وحكى ابن أبي هريرة عن الشافعي أن ما ضاع في الحمام على قولين. وعندنا أن العرف الجاري، والعادة المستمرة، في تسليم الناس الثياب إلى الحمامي يجري مجرى الإجارة.

قال: وإن اختلفا فيما ذهب، أو في قيمة ما ذهب، كانت البينة على صاحب الشيء، واليمين على الحمامي، لأن صاحب الثياب هو المدعي للزيادة في العين، أو القيمة، والحمامي هو المنكر.

[وهو منصوص عليه في (المنتخب) [(٢)]].

مسألة: في الظئر تسقي الصبي ما يقتله

قال: ولو أن رجلاً استأجر ظئراً لصبي، فسقته ما يقتله، فعليها القود إن كانت تعمدته، والدية على عاقلتها إن كانت أخطأت.

[وهو منصوص عليه في (المنتخب)[(٣)]].

ووجهه: أن من مذهبه أن القود يجب في كل ما جرت العادة أن مثله يقتل به، وشرحه /١٧٣/ يجي في كتاب الديات، والقصاص، فأما الخطأ ، فلا خلاف فيما ذكره.

مسألة: في ضمان الخاتن والحجام والطبيب

قال: وكذلك القول في الخاتن إذا قطع حشفة الصبي ، فمات منها الصبي، وكذا الحجام، والمتطبب، يضمنون ما أعنتوا ، إلا أن يكونوا اشترطوا البراءة.

---

(١) في (أ): المستلم.

(٢) انظر المنتخب: ٢٩٧.

(٣) انظر المنتخب: ٢٨٤.

قال: وما لزم هؤلاء بخطأ كان منهم، لزم عواقلهم.

[وجميعه منصوص عليه في (المنتخب) [١]].

هؤلاء إنما يضمنون ما جنوه دون السرايات (ولهذا قال: يضمنون ما أعنتوا، وقال في الخاتن: إذا قطع الحشفة؛ لإن السرايات)[٢] ليست من جناياتهم، بل هي غير ممكن لهم الاحتراز منها، فهو من الأمر الغالب الذي ذكر[٣] أن الأجير المشترك لا يضمنه، كالموت، وما جرى مجراه، وضمانهم الإعنات[٤]: أنه جناية أتوها[من قبل أنفسهم][٥].

واستثنى اشتراط البراءة، لأنه يجري مجرى الإذن فيما يتفق منهم، وذكر أن ما يلزمهم يلزم عواقلهم؛ لأن الجنايات التي تكون على بني آدم في باب النفس وما دونها تكون على العواقل، على ما يجيء بيانه في كتاب[٦] الديات.

قال: فإن كان الصانع، أو الحجام، عبداً أذن له سيده بالعمل، ضمن سيده ما لزمه، وإن كان لم يأذن له سيده فيه، كان ما لزمه ديناً[٧] في ذمته يطالب به متى عتق.

[وهو منصوص عليه في (المنتخب) [٨]].

قلنا: يضمن عنه ذلك إن كان أذن إن شاء، وإن شاء سلمه وما في يده من كسبه هذا حكم سلمه العبد المأذون[٩] له في التجارة؛ فأما المحجور عليه، فلا يلزم مولاه شيء، لأن من سلم إليه العمل يكون قد رضي بذمته بمنزلة من يقرضه، فيكون ذلك عليه يطالب به إذا عتق.

---

(١) انظر المنتخب: ٢٩٣ - ٢٩٤.
(٢) ما بين القوسين سقط من (أ).
(٣) في (أ): ذكرنا.
(٤) في (أ): الأعيان.
(٥) سقط من (أ) و (ب).
(٦) في (أ): باب.
(٧) في (أ): ديناً عليه.
(٨) انظر المنتخب: ٢٩٤.
(٩) في (ب): المأذون.

باب القول في ضمان المستأجر

مسألة: في ضمان ما في الدار المؤجرة

لو أن رجلاً استأجر داراً، فسرقت أبوابها ، لم يضمنها للمكري[١]، إلا أن يكون ضيعها، فإن سُرق منها متاع المستأجر، لم يضمنه صاحب الدار.

[وهو منصوص عليه في (المنتخب)[٢]].

قلنا: لا ضمان على مستأجر الدار إن سرقت أبوابها؛ لأنه قبضها بإذن مالكها لا على وجه ضمان البدل، ولا على وجه لزمه حفظها بنفس العقد، ولم يكن منه تَعدٍّ، فلم يجب أن يضمنها؛ لأن الضمانات تتعلق ببعض هذه الوجوه، فإذا تعرى القبض منها، لم يجب التضمين، (وإن شئت، قلت: مال لغيره لم يلزمه حفظه لعوض)[٣]، ولم يشترط ضمانه، فوجب ألا يضمنه، كالوديعة، إلا أن يتعدى، فيلزمه ضمان التعدي، وكذا[٤] ما سرق للمستأجر، فلا ضمان على صاحب الدار، لأنه لم يتسلمه، ولم يقبضه هو على وجه من الوجوه.

مسألة: مخالفة المكتري للمشروط

قال: وإذا استأجر رجل من رجل جملاً ليحمل عليه أرطالاً معلومة، فحمل عليه أكثر مما شارطه عليه من غير إذن الجمال، فتلف الجمل تحته، ضمنه المستأجر إن كانت الزيادة مما يؤثر مثلها هذا التأثير.

[وهو منصوص عليه في (المنتخب)[٥]] .

---

(١) في (أ): المكتري.
(٢) انظر المنتخب: ٢٧٥.
(٣) ما بين القوسين بياض في (أ).
(٤) في (أ): وكذلك.
(٥) انظر المنتخب: ٢٧٨.

اعتبر التأثير[1] ؛ ليعلم أنه مما يجوز أن يتلف، ألا ترى أنه لو غرز في الجمل خلالاً، أو إبرة، أو مسواكاً، /١٧٤/ لم يجب أن يضمنه؛ لكون ذلك مما لا تأثير له في الإتلاف؟ فأما إذا كان مثله يؤثر، فإنه يضمنه؛ لأنه تعدى فيه.

قال أبو حنيفة: يضمن قسط الزيادة من القيمة، كأن القيمة تقسم على الأصل، والزيادة، وحكى ابن أبي هريرة عن الشافعي أن الجمال إذا لم يكن معه قولاً واحداً في أنه يضمن جميع القيمة، وهو الصحيح؛ لأنه قد تلف بتعديه، فوجب أن يضمنه، ولا معتبر في أنه مأذون في حمل بعض ما على الجمل، ألا ترى أن من استأجر جملاً إلى موضع بعينه، ثم جاوزه، ثم تلف، لم يجب أن يقسم الضمان على الموضع[2] المأذون له فيه بعقد الإجارة، وعلى ما بعده مما تعدى في مجاوزته، بل يكون ضامناً للجميع؟ وهكذا الفصَّاد لو جرح المفتصد جراحة تعدى فيها، فمات المجروح، لم يجب أن تقسم الدية على جرح الفصد، وعلى الجرح الذي تعدى فيه، بل لزمته الدية كاملة، فكذلك ما ذهبنا إليه.

قال: ولو أنه اكتراه منه على أن يركبه إلى موضع، فتجاوز ذلك الموضع، فتلف، ضمن قيمته، ووجب كراؤه إلى الموضع الذي استأجره إليه.

[وهو منصوص عليه في (المنتخب)[3]].

لا خلاف في ضمانه القيمة إذا تجاوز ما اكتراه إليه؛ لأنه متعد فيه، وغاصب له في تلك الحال، فيجب أن يضمن القيمة، وإيجابه الكراء إلى حيث استأجر، فالمراد به المسمى، وله فيما تجاوزه مع الضمان كراء المثل على ما تقدم من نصوصه الدالة على إيجاب كراء المثل على الغاصب.

قال: فإن اكترى على أن يركبه إلى موضع، فركبه إلى موضع آخر أبعد منه، فتلف، ضمن قيمته، و لم يجب الكراء.

---

(١) سقط من (ب): التأثير.

(٢) في (أ): القطع.

(٣) انظر المنتخب: ٢٨٢.

[وهذا منصوص عليه في (المنتخب)[(١)]].

وهذه كالمسألة التي قبلها، ألزمه الضمان لتعديه، وأراد بقوله: لم يجب الكراء، المسمى، فأما إيجابه كراء المثل، فقد مضى في كلامه ما يدل عليه.

قال: وإن اكتراه[(٢)] على أن يركبه وحده، فأردف معه رديفاً، فتلف، ضمنه إن كان مثل الرديف يؤثر في مثل ذلك المركوب، وعليه الأجرة، وهذا بيانه ما تقدم. [وهو منصوص عليه في (المنتخب) [(٣)]].

قال: وإن اكتراه على أن يحمل عليه أرطالاً معلومة من التمر، فحمل عليه ذلك القدر حديداً، فتلف، لم يضمن، إلا أن يكون الجمل فتياً لا يحمل عليه مثله، فإنه يضمن، ويجب عليه الأجرة[(٤)] مع الضمان.

[وهو منصوص عليه في (المنتخب) [(٥)]].

ووجهه: أن مثل هذا يرجع إلى العادات، فإن كان الجمل مما يحمل على مثله الحديد والتمر بكراء واحد، فلا تعدي فيه، ولا يجب التضمين، وإن كان غير ذلك، ضمن، والذي يجب في المكتري له إن كان قطناً، ثم حمل بدله حديداً، ثم تلف، أن يضمن لا محالة، لأن التفاوت بين القطن والحديد في الإجحاف بالمحمول عليه ظاهر لا يلتبس، وإنما قال ما قال من ذلك؛ لتقارب الأمر بين الحديد والتمر.

مسألة: في حبس المؤجر بعد انتهاء المدة

قال: فإن[(٦)] /١٧٥/ اكتراه يوماً، فحبسه أياماً، فتلف في تلك الأيام، ضمنه إلا أن يكون منعه من رده مانع[(٧)].

---

(١) انظر المنتخب: ٢٨٣.
(٢) في (أ): اكترى.
(٣) انظر المنتخب: ٢٨٣.
(٤) في (أ): أجره جملة مع.
(٥) انظر المنتخب: ٢٨٢.
(٦) في (أ): وإن.
(٧) في (أ): مانع ظاهر.

ووجهه: أنه يكون غاصباً في حبسه عن صاحبه، لذلك[١] ضمنه.

قال: فإن اكتراه، فسرق، أو سرق ما عليه من قتب[٢] أو غيره، لم يضمنه، إلا أن يتعدى فيه، وهذا بيانه[٣] قد مضى في صدر الباب.

[وجميعه منصوص عليه في (المنتخب) [٤]].

مسألة: في إجارة الآلات

قال: ولو استأجر آلة من[٥] آلات الحدادين، أو الصناعة، أو غير ذلك، واشترط لصاحبها ضمان ما ضاع منها، أو سرق، صح ذلك، وضمن المستأجر.

[وهو منصوص عليه في (المنتخب) [٦]].

وهذا كما نقوله في ضمان العارية، ووجهه: أنه لما استأجر الآلة، وشرط له ضمانها، كان في الحكم عليه كأنه استأجرها بدراهم، وبحفظه لها، فيكون الحفظ من جملة الأجرة، وتكون المنافع التي للآلة في الآلة يستوفيها في مقابلة الأجرة والحفظ جميعاً، فيكون كأنه أخذ العوض على الحفظ[٧]، فيجري مجرى الأجير المشترك، ويعتمد له قوله - عز وجل-: ﴿أَوْفُوا بِالْعُقُودِ﴾ (المائدة: ١)، وقوله - صلى الله عليه وآله وسلم -: «المسلمون عند شروطهم». وبما[٨] روي أنه باع ناقة، واشترط ظهرها إلى كذا.

---

(١) في (أ): فلذلك.
(٢) سقط من (أ) قتب.
(٣) في (أ): وهذا قد.
(٤) انظر المنتخب: ٢٧٩.
(٥) في (أ): وإذا اكترى آلة من آلات.
(٦) انظر المنتخب: ٢٨٦.
(٧) في (أ): الأصل.
(٨) في (ب): مما.

مسألة: في ضمان ما انكسر من الآلات المؤجرة

قال: وإن اشترط ضمان ما انكسر[1] منه بالاستعمال، كان الضمان[2] باطلاً.

[وهو منصوص عليه في (المنتخب)[3]].

ووجهه: أنه لا يجوز أن يأخذ العوض على ألا يكسره، كما يجوز أن يأخذ العوض على الحفظ، فلم يجز أن تكون المنافع في مقابلة ألا يكسره مع الأجرة، فبطل الشرط، وجرى مجرى الوديعة في أنه لا يصح اشتراط ضمانها، إذ لا[4] عوض يقابل حفظها، وفارق العارية؛ إذ منافعها يجوز أن[5] يكون عوضها بحفظها.

مسألة: في علف الدابة المؤجرة

قال: وإن استأجر جملاً، كان العلف على صاحبه، إلا أن يكون المستأجر اشترط له ذلك.

ووجهه: أن صاحبه رضي من المستأجر، بالأجرة المسماة عوضاً عن منافعه التي يستوفيها، فلا يجب أن يلزمه غير ذلك، لا علفاً، ولا غيره، فإن اشترط العلف، لزمه، لأنه يكون مستأجراً له بالمسمى وبالعلف، فيكون الجميع هو الأجرة، كأنه قال له: استأجرته منك بدرهم، وبكذا من العلف.

مسألة: في ترك المؤجر في الطريق

قال: ولو استأجره ليركبه إلى موضع بعينه، فوقف في الطريق، فمضى المستأجر، وتركه، فتلف، ضمنه المستأجر إلا إذا كان الطريق مخوفاً لا يمكن المستأجر المقام عليه.

[وهو منصوص عليه في (المنتخب)[6]].

---

(١) في (أ): ينكسر.

(٢) في (أ): الشرط.

(٣) انظر المنتخب: ٢٨٦.

(٤) في (ب): و لا.

(٥) في (أ): أن تكون عوضاً بحفظها.

(٦) انظر المنتخب: ٢٨٧.

وهذا معناه إذا تلف قبل انقضاء المدة التي تضمنتها الإجارة، وهي المدة التي أمكنه أن يمضي فيها إلى ذلك الموضع، أو تكون المدة مشروطة، فإنه يلزمه تسليمه إلى صاحبه بعد انقضاء المدة، فإن[1] لم يسلمه لغير عذر، كان كالغاصب يضمنه إن تلف.

مسألة: في إجارة المملوك وضمانه

قال: وإذا استأجر من رجل عبداً ليخدمه شهراً[2]، ومضى به، ثم انصرف، وادعى إباقه، أو موته، فعليه /١٧٦/ البينة في ذلك، فإن لم يكن له بينه، ضمنه، إن كان اشترط ضمانه.

[وهو منصوص عليه في (المنتخب) [3]].

فإن لم يكن اشترط، فالقول قوله مع يمينه تخريجاً.

ويجوز أن تكون المسألة محمولة على ضمان الكراء، فيكون الأمر فيه أظهر، فلا يحتاج إلى التخريج، وهذه المسألة المراد بها رجل استأجر عبداً، واشترط ضمانه، إلا في باب الإباق، فلما ادعى الإباق، كان عليه البينة ليسقط[4] الضمان عن نفسه، وكذلك إن ادعى الموت فعليه البينة؛ لأن الموت غير مضمون عليه بوجه ؛(لأنه لا ينفع الحفظ فيه) [5]، فإن لم يكن له بينة، ضمنه لأنه مضمون عليه في الأصل، فإذا[6] أراد أن يسقط الضمان (عن نفسه بأمر يدعيه، كان)[7] مدعياً؛ لأن من خاف إسقاط حق لزمه، يكون مدعياً، كمن يحاول إيجاب حق (لم يثبت وجوبه) [8].

---

(١) في (أ): فإذا.
(٢) في (أ): أشهراً.
(٣) انظر المنتخب: ٢٨٧.
(٤) في (أ): لأنه يدعي سقوط الضمان.
(٥) ما بين القوسين بياض في (أ)، وبعدها: نظر فيه فإن لم، ونظر فيه: خدشها في (ب).
(٦) في (أ): فإن.
(٧) ما بين القوسين بياض في (أ).
(٨) ما بين القوسين بياض في (أ).

مسألة: في إيجار المستأجر للمؤجر

قال: وإذا استأجر رجل من رجل شيئاً، فأجَّره[١] من غير إذن صاحبه بأكثر مما استأجره به، فتلف، ضمنه.

[وهو منصوص عليه في (المنتخب) [٢] و(الأحكام) [٣]].

وذلك أنه[٤] متعد؛ لأنه لما نهي عن ربح ما لم يضمن، لم يكن له أن يؤجره بأكثر مما استأجره به، فلما فعل ذلك، كان متعدياً.

قال: فإن أجره بإذن صاحبه، ثم تلف، لم يضمن[٥].

وذلك أنا قد بينا أن الربح يطيب له إذا كان كذلك؛ لأنه يكون كأنه صار إليه بإذن[٦] صاحبه، فلم يجب أن يكون متعدياً.

قال: وإن أجَّره بمثل ما استأجره، فتلف، لم يضمن، سواء كان بإذن صاحبه، أو بغير إذنه، تخريجاً، وذلك لأنه لا يكون متعدياً على الوجهين جميعاً، فوجب ألا يضمن.

---

(١) في (أ): فأجره من غيره بأكثر من أجرته من غير إذن صاحبه فتلف.
(٢) انظر المنتخب: ٢٨٩.
(٣) انظر الأحكام: ٢/٥٥.
(٤) في (أ): وذلك أن من استأجر شيئاً لم يجز له أن يؤاجره بأكثر مما استأجره بغير إذن صاحبه ثم تلف لم يضمن وذلك أنا قد .
(٥) انظر الأحكام ٢/٥٥، ففيه معنى ذلك فقط.
(٦) في (أ): من جهته.

باب القول في المزارعة

مسألة: في المزارعة الفاسدة

من دفع أرضه إلى من يحرثها، ويزرعها، على جزء من الزرع، كالنصف، أو الثلث، أو الربع، أو أقل من ذلك، أو أكثر، كانت المزارعة فاسدة؛ فإن كان البذر لأحدهما، كان الزرع لصاحب البذر؛ فإن كان هو العامل، كان عليه لصاحب الأرض كراء الأرض، وإن كان هو صاحب الأرض، كان عليه للعامل كراء مثله.

[وهو منصوص عليه في (الأحكام) و (المنتخب)[1]]، وبه قال أبو حنيفة، حكاه الكرخي.

قلنا: وإن كان البذر منهما، كان الزرع بينهما، ووجب على الزراع نصف كراء الأرض، وعلى رب الأرض نصف أجرة العمل، تخريجاً.

وقال زيد بن علي - عليهم السلام -: تصح المزارعة على جزء من الخارج، وهو المروي عن جعفر بن محمد، روته الإمامية، وبه قال الناصر، وإليه ذهب أبو يوسف، ومحمد، وأما قول الشافعي، فهو مثل قولنا، إلا ما [2] كان من /١٧٧/ الأرض في أثناء النخيل.

والأصل في فساد المزارعة، والمساقاة: ما روى زيد بن علي، عن أبيه، عن جده، عن علي - عليهم السلام - قال: قال رسول الله صلى الله علي وآله وسلم: «من استأجر أجيراً، فليعلمه أجره، فإن شاء، رضي، وإن شاء، ترك»[3]. والمزارع أجير، وكذلك المساقي؛ لاتفاق من أجازهما أنها لا تصح إلا بوقت معلوم، فقد دل هذا الخبر على فساد المزارعة والمساقاة لجهالة الأجرة؛ لأنه تضمَّن إيجاب كون الأجرة معلومة،

---

(١) انظر الأحكام: ١٩٦/٢، والمنتخب: ٣٧٥.

(٢) في (أ): فيما.

(٣) المسند كتاب الشركة ، باب الإجارة.

فمتى لم تكن معلومة، وجب الفساد، كما نقول مثله في السلم ؛ لما روي[١]: «من أسلم، فليسلم في كيل معلوم، ووزن معلوم إلى أجل معلوم».

وأيضاً روي عن أبي الزبير، عن جابر، عن النبي - صلى الله عليه وآله وسلم - أنه نهى عن المخابرة[٢].

وعن جابر قال: سمعت رسول الله - صلى الله عليه وآله وسلم - يقول: «من لم يذر المخابرة، فليأذن بحرب من الله ورسوله»[٣].

وعن زيد بن ثابت قال: نهى رسول الله صلى الله عليه آله وسلم عن المخابرة. والمخابرة هي المزارعة بالنصف، والثلث[٤]. وحكم على ذلك أهل اللغة. وحكي عن ابن الأعرابي قال: هو مشتق من خيبر، ثم صارت لغة، ومثل هذا لا ينكَر، فقد قيل: أعرق الرجل من العراق، وأنجد من نجد، وأتهم من تهامة، وغار من الغور، وباد من البادية، وأيضا روي عن جابر وغيره أن النبي - صلى الله عليه وآله وسلم - نهى عن كراء المزارع[٥].

وروي عن رافع بن خديج، قال: مر بي رسول الله - صلى الله عليه وآله وسلم - وأنا أزرع من البقول فقال: «ما هذا»؟ فقلت: بذري ولي الشطر، ولآل فلان الشطر، قال: «أربيت، رد الأرض إلى أهلها»[٦]. فدل ذلك على فساد المزارعة من وجهين:

---

(١) سقط من (ب) لما روي.

(٢) أخرجه البخاري ٨٣٩/٢، ومسلم ١١٧٤/٣، وأبو عوانة ٣٠٦/٣، والترمذي ٦٠٥/٣، وأبو داود ٢٦٣/٣.

(٣) أخرجه ابن حبان ٦١١/١١ والحاكم ٣١٤/٢، والبيهقي ١٢٨/٦، وأبو داود ٢٦٢/٣.

(٤) أخرجه البيهقي ١٣٣/٦، وأبو داود ٢٦٢/٣، وابن أبي شيبة ٣٧٩/٤ وفيها: قلت:ـــ أي الراوي عن زيد وهو ثابت بن الحجاج - وما المخابرة؟ قال:هي المزارعة.

(٥) أخرجه البخاري ٨٢٥/٢، ومسلم ١١٨٠/٣ عن رافع بن خديج ، وأخرجه ابن حبان ٦٠٠/١١ - ٦٠١، وأبو عوانة ٣١٧/٣ - ٣١٨، والبيهقي ١٢٨/٦ عنه وعن جابر.

(٦) أخرجه الحاكم ٤٨/٢، والبيهقي ١٣٣/٦، وأبو داود ٢٦١/٣ بلفظ : أربيتما، والطحاوي ١٠٦/٤ بلفظ أربيت.

أحدهما: النهي[١] ، والثاني: أنه - صلى الله عليه وآله وسلم - سماه ربا.

فإن قيل: روي عن زيد بن ثابت: أنا - والله - أعلم بالحديث من رافع، أتى النبي - صلى الله عليه وآله وسلم - رجلان قد اقتتلا، فقال رسول الله - صلى الله عليه وآله وسلم -: «إن كان هذا شأنكم، فلا تكروا المزارع»[٢]. فثبت بهذا الخبر جهة النهي وهو الإفساد.

وروي عن رافع بن خديج، قال: كنا نزارع على الثلث والربع وما[٣] ينبت على السواقي، فنهانا عنه - صلى الله عليه وآله وسلم -. وفي خبر آخر: ويشترط على الأجرة ما ينبت على الجداول، وكذا وكذا، وربما (هلك هذا، وسلم هذا[٤]. فدل هذا أيضاً على جهة النهي) [٥].

قيل له: هذا النهي[٦] لا يدل على أنه ليس نهي عام عن المخابرة، فلا يمتنع أن ينهى عن المخابرة على العموم، وينهى عنها أيضاً إذا كانت هذه الجهالات.

فإن قيل: إن النبي - صلى الله عليه وآله وسلم - أعطى خيبر بالنصف من الخارج[٧].

قيل له: هذا محتمل من وجهين:

أحدهما: أن يكون النبي - صلى الله عليه وآله وسلم - بقّاهم على الفيء، فكانوا

---

(١) في (أ): للنهي.

(٢) أخرجه البيهقي ١٣٤/٦، والنسائي في المجتبى ٥٠/٧، وابن أبي شيبة ٣٧٨/٤، وعبد الرزاق ٩٧/٨، وأحمد ١٨٧/٥.

(٣) في (ب): فيما.

(٤) أخرجه مسلم ١١٨٣/٣، وابن حبان ٦٠٤/١١، وأبو عوانة ٣٢٤/٣، والبيهقي ١٣٢/٦، وأبو داود ٢٥٨/٣.

(٥) ما بين القوسين بياض في (أ).

(٦) سقط من (أ) هذا النهي.

(٧) أخرجه البخاري ٨٢١/٢، ومسلم ١١٨٦/٣، وأبو عوانة ٣١١/٣، وابن ماجة ٨٢٤/٢ عن ابن عمر.

عبيداً للمسلمين، فجاز ذلك /١٧٨/ فيهم؛ لأن النصف المبقَّى عليهم[١] يجري مجرى نفقاهم ومؤنهم، فلا يكون ذلك مزارعة على التحقيق. أو يكون - صلى الله عليه وآله وسلم - جعلهم ذمة، وأقرهم على الأرضين، وجعل نصف الخارج بمنزلة الجزية، ويجوز في الجزية من الجهالة ما لا يجوز في الإجارات والبياعات؛ ألا ترى أن النبي - صلى الله عليه وآله وسلم - نصف على أهل نجران مؤنة الرسل عشرين يوماً، وجعل عليهم عارية ثلاثين درعاً، وثلاثين فرساً، وثلاثين بعيراً، ويؤكد أن ذلك كان على أحد وجهين: أنه لم يرو أن النبي - صلى الله عليه وآله وسلم - أخذ منهم الجزية، ولا أبو بكر، ولا عمر.

ويحتمل أن يكون ذلك صار منسوخاً بالنهي عن المخابرة، فإن ثبت أنها مشتقة من خيبر، فكأنه - صلى الله عليه وآله وسلم - نهى أن يعملوا بما عمل بخيبر، على أنه روي أنه قال لليهود: (أقركم على ما أقركم الله)، ولا خلاف أن المزارعة والمساقاة لا بد فيها من التوقيت المعلوم، وقد[٢] قال - صلى الله عليه وآله وسلم -: «نقركم على ذلك ما شئنا».

وأما الشافعي، فإنه ذهب إلى جواز المساقاة، وجواز مزارعة الأرض التي بين النخيل مع مساقاة النخيل، ولا يجوز مزارعة الأرض البيضاء؛ ويحجه سائر ما قدمناه، ويقال له: من أين لك أن مزارعة خيبر كانت في أرض[٣] بين النخيل؟ ومن أين أنه لم يكن بخيبر أرضاً بيضاء؟ ونحن نقيس الأرض التي بين النخيل على الأرض البيضاء لإفساد المزارعة، بعلة أنها مزارعة على بعض ما يخرج من الأرض، وبأن الأجرة فيها غرر، ونقيس المساقاة أيضاً على ذلك، ونقيسهما على المساقاة في غير النخيل والكرم، ونقيسهما على ما أجمع عليه المسلمون من أنه لا يجوز دفع الإبل والغنم والرماك على[٤] جزء من النماء من الأولاد، والألبان، والأصواف، والأوبار؛ والعلة في ذلك

(١) في (أ): فيهم.
(٢) في (ب): وقد قال.
(٣) في (أ): أرضين.
(٤) في (أ): بجزء.

جهالة الأجرة والغرر الذي فيها، فلا يصح قول الشافعي إن الأرض التي بين[١] النخيل تتبع النخيل، فيجوز فيها ما لا يجوز في الأرض البيضاء من المزارعة، كما يجوز أن يدخل في البيع من الشرب والحقوق على سبيل التبع، وإن كان لا يجوز أن يفرد بالبيع؛ لأن الأرض التي بين النخيل يجوز أن تفرد بالعقود في البياعات، والإجارات، والهبات، فلم يجز أن تكون الأرضون تبعاً للنخيل، كما أن النخيل لا يجوز أن يكون تبعاً للأرض، على أن المساقاة غير المزارعة، وهما حكمان مختلفان، فكيف تدخل مزارعة الأرضين في حكم مساقاة النخيل؟

فإن قيل: فهلا قستموها على المضاربة؟

قيل له: المضاربة مخصوصة، ولم توضع على القياس، ولا يجوز أن تجعل أصلاً لهذا الباب، على أن المضاربة من باب الشركة[٢]، لا من باب الإجارات، ولا خلاف أنها غير مؤقتة كسائر الشركة، وعند القائلين بالمزارعة والمساقاة لا تجوز إلا في /١٧٩/ مدة معلومة.

ويقال لأبي يوسف، ومحمد، وللشافعي في أحد قوليه: لو كانت المضاربة إجارة، لوجب أن يضمن المضارب مال المضاربة، أو كان يجب أن يكون أجيراً مشتركاً، وقد ذهب أبو يوسف ومحمد إلى أن المضاربة إذا فسدت، ضمن المضارب، وكانت له أجرة عمله، فبان أن المضاربة الصحيحة ليست إجارة، وأنها لا تصح أن تكون أصلاً للمزارعة، على أنها لو كانت تصح أن تكون أصلاً لهذا الباب، لصح أن تكون أصلاً لدفع الغنم إلى الراعي ببعض النماء من الأولاد والألبان، على[٣] أن المزارعة والمساقاة بدفع الغنم إلى الراعي ببعض النماء أشبه.

فأما ما ذهب إليه الشافعي من أن المساقاة أصل للمضاربة، فمن المحال الذي لا يذهب على محصل؛ لأن المضاربة أمر لا خلاف فيه بين المسلمين، بل نعلم صحتها

---

(١) في (أ): من
(٢) في (أ): الوكالة.
(٣) في (ب): وعلى.

وجوازها من دين المسلمين ضرورة، والمساقاة أمر مختلف فيه، فكيف يكون المتفق عليه فرعاً على المختلف فيه، والمختلف فيه أصلاً للمتفق عليه؟ فإذا فسدت المزارعة بما بينا، كانت الإجارة فاسدة متى وقعت، فوجب ما قلنا من كون الزرع لمالك البذر، وصح وجوب كراء الأرض على الزراع، لأنه أخذ أرض صاحب البذر[1] بإجارة فاسدة، وزرع فيها، فطرح بذره، وإن كان البذر لصاحب الأرض، لزمه أجرة العمل للزراع؛ لأنه يكون مستعملاً له في أرضه، وبذره بإجارة فاسدة، وعلى هذا القياس إن كان البذر بينهما.

قال: وإن تصالحا على ذلك، جاز الصلح[2]؛ لقوله - صلى الله عليه وآله وسلم-: «الصلح جائز بين المسلمين»[3]. وقوله: «وكل صلح جائز بين المسلمين، إلا صلحاً حرم حلالاً، أو أحل حراماً»[4]. قال أبو حنيفة: إن كان البذر للزراع، تصدق بالزرع، وهذا مما لا يجب؛ لأنه ليس بغاصب، بل طرح بذره في الأرض بإذن مالكها، وإنما كانت الإجارة فيه فاسدة، فكيف يجب التصدق به على أصله؟ على أنه في الغصب أيضاً يبعد، أرأيت لو غصب دجاجة، فحضنها بيضاً يملكها، أكان يلزمه التصدق بالفراخ؟ ونظائره كثيرة.

مسألة: في دفع الدابة على بعض ما تكتسب

قال: وإن[5] دفع حماراً على بعض ما يكتسب به، أو فرساً يجاهد عليه على بعض ما يغنم، جاز ذلك على سبيل الصلح دون الحكم.

[وهو منصوص عليه في (المنتخب)[6]].

---

(١) في (ب): الأرض.

(٢) انظر الأحكام: ١٩٢/٢، و المنتخب: ٣٧٤ - ٣٧٥.

(٣) أخرجه الحاكم ١١٣/٤، والبيهقي ٦٣/٦، والدارقطني ٢٧/٣، وأبو داود ٣٠٤/٣ عن أبي هريرة.

(٤) أخرجه ابن حبان ٤٨٨/١١ عن أبي هريرة ، والحاكم ١١٣/٤، والترمذي ٦٣٤/٣، والبيهقي ٦٥/٦، والدارقطني ٢٧/٣ عن عمرو بن عوف.

(٥) في (ب): إذا.

(٦) انظر المنتخب: ٢٩٣.

ووجه إجازة الصلح: ما بيناه فيما تقدم من قول الرسول - صلى الله عليه وآله وسلم - وقال الله - عز وجل -: ﴿وَالصُّلْحُ خَيْرٌ﴾(النساء: ١٢٨)، على أن إلحاق ذلك بباب الشركة على معنى التوكيل ليس ببعيد، فإن كان ذلك، فهو ثابت حكماً.

مسألة: في صفة المزارعة الصحيحة

قال: والمزارعة الصحيحة أن يدفع نصف أرضه مشاعاً /١٨٠/ بأجرة معلومة، ويستأجر ذلك الرجل بمثل تلك الأجرة على أن يزرع له نصف أرضه، ويكون البذر بينهما نصفين، فيتقاصان بأجرة[1] الأرض، وأجرة العامل، فيكون الخارج بينهما نصفين، وعلى هذا القياس إن أراد أن تكون المزارعة على الثلث ، أو الربع، أو أقل من ذلك، أو أكثر.

[وهو منصوص عليه في (الأحكام) [2]].

والأصل في ما قلنا: جواز إجارة المشاع. وأبو حنيفة يبطلها. وأبو يوسف ومحمد يجوزانها؛ والدليل على ذلك جواز بيع المشاع، فإذ ثبت ذلك، وجب أن يثبت جواز إجارة المشاع؛ لأنهما جميعاً ضرب من البيوع؛ لأن الإجارة بيع المنافع، كما أن البيع بيع الرقبة.

فإن قيل: لا يصح قبض المستأجر على سبيل الاستدامة، فلا يصح الانتفاع به، فوجب ألا تصح إجارته؛ لأن الإجارة على ما لا يصح الانتفاع به لا تصح.

قيل له: يصح الانتفاع به على سبيل المهاياة كما يصح بالمبيع.

فإن قيل: (ليست المهاياة موجبة بعقد الإجارة.

قيل)[3] له: لا يمتنع أن يكون العقد يوجبها إذا كان لا يصح الانتفاع به إلا معها

(١) في (أ): الأجرة.
(٢) انظر الأحكام: ١٩٢/٢.
(٣) ما بين القوسين سقط من (أ).

(كالشرب والطريق والمسيل يقتضيه)[١] عقد الإجارة، إذ الانتفاع لا يصح إلا معها، على (أنهم لا يخالفون أن هبة المشاع فيما لا يتأتى فيه القسمة صحيحة) [٢]، ويعتلُّون أن القبض فيه لا يتأتى إلا على المهاياة، فوجب أن يقولوا بذلك في إجارة المشاع، وفي هبة ما يتأتى فيه القسمة من المشاع؛ على أن أبا حنيفة يقول: لو مات أحد المستأجرين، انتقضت الإجارة في نصيبه، وبقيت الإجارة في نصيب الحي، وذلك لا يمكن الانتفاع به إلا على سبيل المهاياة، و لم يجب لذلك فساد إجارة الباقي، فوجب ن يكون ذلك كذلك في ابتداء الإجارة؛ لاجتماعهما في أن الانتفاع يصح على سبيل المهاياة.

فإن قيل: فهلاً أبطلتم ما ذهبتم إليه؛ لأن الاستئجار على نصف[٣] العمل مجهول؟

قيل له: إذا كان الجميع معلوماً، فيجب أن يكون النصف معلوماً، ولهذا صح بيع نصف أرض معلومة، ونصف حيوان معلوم، ونصف ثوب معلوم، وعلى هذا يجب أن تقدم إجارة الأرض على استئجار العامل ليصح الابتداء بالعمل، ويصح في الأرض، وفي العمل، التسليم عقيب الإجارة، فإذا ثبت ما بيناه، صح ما ذهبنا إليه من صحة المزارعة على الوجه الذي بينا.

مسألة: في المساقاة الصحيحة

قال: والمساقاة الصحيحة أن يدفع الرجل نخيله إلى من يسقيها ويحدها على شقص. [وهو منصوص عليه في المنتخب] [٤].

قد بينا فساد المساقاة لجهالة أجرة العامل، /١٨١/ فإذا كانت بأجرة معلومة، فيجب أن تصح كما تصح الإجارات، فلذلك قلنا بصحة ما ذكرناه.

---

(١) ما بين القوسين بياض في (أ).
(٢) ما بين القوسين بياض في (أ).
(٣) في (ب): لنصف.
(٤) انظر المنتخب: ٣٧٥.

مسألة: في الأرض المزارَعة يموت صاحبها

قال: وإن[١] دفع أرضه إلى آخر مزارعة، فغرس فيها، فمات صاحب الأرض، كان للورثة أن يطالبوه بتفريغ أرضهم، فإن شاء المزارع، فرغها، وإن شاء، طالبهم بقيمة غرسه، وسلمه مع الأرض إليهم.

[وهو منصوص عليه في (المنتخب)[٢]].

هذا يجب أن يكون المراد به في المزارعة الفاسدة دون ما بينا أنها صحيحة؛ (لأن المزارعة الصحيحة لا تنقضي لموت صاحب الأرض؛ لأنه تكون إجارة صحيحة)[٣] والإجارة عندنا لا تنتقض بموت المستأجر، ولا المستأجر منه، فأما في المزارعة الفاسدة، فلهم المطالبة بتفريغ أرضهم.

وجعل الخيار للمزارع؛ لأنه لم يكن غاصباً فيما غرس ؛ لأنه غرس[٤] بإذن صاحب الأرض، وإن كانت المزارعة فاسدة، فيجب أن يكون يضمن الورثة قيمة الغرس، ويسلم الغرس إليهم، كما قلنا ذلك فيمن اشترى أرضاً، فبنى فيها ولا شفيع لها، ثم قام فيها شفيع، إنه إن شاء، رفع بناءه، وإن شاء، سلمه إلى الشفيع، وضمن له قيمته، ولأنه حين بنى لم يكن غاصباً، ولا متعدياً في بنائه، فكذلك في هذه المسألة.

---

(١) في (ب): وإذا.

(٢) انظر المنتخب: ٣٥٧.

(٣) ما بين القوسين سقط من (أ).

(٤) سقط من (ب) لأنه غرس.

كتاب

الشركة

باب القول في شركة المفاوضة

مسألة: في حكم شركة المفاوضة

لا بأس للرجلين أن يشتركا شركة مفاوضة.

[وهو منصوص عليه في (الأحكام) و(المنتخب)][(١)]، وبه قال زيد بن علي - عليهما السلام - وأبو حنيفة وأصحابه، وروي عن الشعبي وابن سيرين القول بها[(٢)]، حكاه الجصاص في (شرحه). وخالف الشافعي فيها فأبطلها، وإذا ثبت أنها مروية عن زيد بن علي - عليهما السلام - ولم يذكر الخلاف في ذلك العصر[(٣)]، جرى مجرى الإجماع، ولا يعتبر فيه خلاف من يخالف من بعده؛ ويدل على ذلك قول الله تعالى: ﴿أَوْفُوا بِالْعُقُودِ﴾(المائدة: ١)، وذلك عقد قد جرى، فيجب الوفاء به بظاهر الآية، وكذلك قوله - صلى الله عليه وآله وسلم -: «المسلمون عند شروطهم» يدل على ذلك[(٤)]. وهو أمر تصالحا عليه، فيجب أن يكون ذلك ماضياً ؛ لقول النبي - صلى الله عليه وآله وسلم-: «الصلح جائز». وقول الله تعالى: ﴿وَالصُّلْحُ خَيْرٌ﴾(النساء:١٧٥).

ومما يدل على ذلك: أن المفاوضة تتضمن عقوداً لو أفرد كل واحد منها، صح، فوجب أن تصح إذا اجتمعت، كالمضاربة؛ ألا ترى أن المفاوضة[(٥)] تتضمن الكفالة فيما يتعلق بالتجارة، والوكالة في التصرف[(٦)]، والخصومة، والشركة، والمساقاة[(٧)]، وكل ذلك مما يصح إفراده بالعقد[(٨)]، كما أن المضاربة تتضمن التوكيل في التصرف،

---

(١) انظر الأحكام: ١٢٢/٢، والمنتخب: ٣٥٦.

(٢) في (أ،ب): بما.

(٣) سقطت كلمة العصر من (أ).

(٤) في (أ): يدل عليه.

(٥) في (ب): المضاربة، ونبه على ما أثبتنا في الهامش.

(٦) في (أ): الصرف.

(٧) في (أ): المساواة.

(٨) في (أ): بالعقد كالمضاربة.

والخصومة، وأخذ العوض عما يعمل المضارب؟

فإن قيل: الضمان العام لا يصح؛ لأن رجلاً لو /١٨٢/ ضمن على آخر كل ما باعه واشتراه، كان ذلك لا يصح.

قيل له: الشركة موضوعة على المسامحة في مثل هذا، ألا ترى أن المضارب يأخذ عوضاً مجهولاً على عمل مجهول، والعوض معلق على الأخطار؛ لأنه قد يخسر فلا يأخذ شيئاً، لكنه لما كان في الأصل أخذ العوض على العمل صحيحاً، جاز في المضاربة ما لا يجوز في غيرها؛ لأنها شرك، فكذلك شركة المفاوضة يجوز فيها الضمان العام؛ لأن الضمان في الأصل كان صحيحاً، فصح في المفاوضة الضمان العام؛ لأنها شركة؟ وقد ثبت أنه يدخل أشياء على سبيل التبع في البيع لو انفرد، لم يصح، كبيع الحقوق من المنافع، وحق الاستطراق، وكذلك الخيار المجهول لا يصح في المبيع، وقد صح فيه خيار العيب[1]؛ لأنه دخل فيه على سبيل التبع، فكذلك ما ذكرنا في المفاوضة.

مسألة: في كيفية شركة المفاوضة

قال: وإذا أرادا [2] ذلك، فيجب أن يُخرجَ كل واحد منهما ماله من النقد - ويكون مال كل واحد منهما مثل مال صاحبه - ثم يخلطان ذلك، ويشترطان أن يبيعا، ويشتريا بأموالهما، ووجوهما، مجتمعين ومفترقين، ويعمل كل واحد منهما برأيه فيما في يده ويد صاحبه.

[وهو منصوص عليه في (الأحكام) [3] و(المنتخب) [4]].

قلنا: يجب[5] أن يخرج كل واحد منهما ماله من النقد، ويكون مال كل واحد

---

(١) في (ب): البيع. ونبه على ما أثبتناه في الهامش.

(٢) في (أ): أراد.

(٣) انظر الأحكام: ١٢٢/٢.

(٤) انظر المنتخب: ٣٥٦.

(٥) في (أ) سقطت: يجب.

منهما مثل مال صاحبه؛ لتحصل[1] المساواة؛ لأن المساواة إذا لم تحصل، لم تكن الشركة شركة المفاوضة، وإنما تكون شركة عِنان؛ لأن المفاوضة مأخوذة من المساواة كما قيل:

لا يستوي الناس فوضى لا سراة لهم [ولا سراة إذا جهالهم سادوا]

وقوله: يخلطان، الأصح أنه ليس على ألا تصح الشركة إلا بالخلط؛ لأن من مذهب أصحابنا أن شركة الوجوه جائزة، وكذلك شركة الأعمال، ولا خلط في واحدة منهما؛ إذ ليس هناك ما يصح أن يخلط[2]، ومن مذهبه أن الخلط ليس بشرط في صحة الشركة، وأيضاً قد نص على أن أحد المتفاوضين إذا ورث نقداً، بطلت المفاوضة[3]، وكذلك تتعلق الشركة به؛ ألا ترى أنه يقول لو ورث عرضاً، لم تفسد الشركة؛ لأنها لا تتعلق بالعرض[4]؟ فلولا أن الشركة تصح بغير الخلط، لكانت الشركة لا تتعلق بأن يرث نقداً، ويقبضه ما لم يخلطه بمال الشركة؛ وفي تنصيص يحيى - عليه السلام - على ما ذكرنا دليل على أن الشركة عنده تصح بغير الخلط.

قال زفر، والشافعي: لا تصح الشركة إلا بالخلط، على أن الخلط لا تأثير له، فوجب ألا يعتبر به كما لا يعتبر به في المضاربة والمزارعة في التوكيل؛ لأنه يرجع إلى بعض ذلك، وإنما تتعلق صحة[5] الشركة بالعقد والشروط، دون الفعل، وما ذكرناه إلى آخر المسالة فكلُّه بحصول تمام المساواة.

قال: فما كان من ربح، كان بينهما نصفين، وكذلك ما كان بينهما من /١٨٣/ وضيعة. [وهو منصوص عليه في (الأحكام) و(المنتخب)[6]].

ووجهه: أن المساواة لا تكون إلا كذلك.

---

(١) في (ب): لتحصيل.

(٢) في (أ): أن يخلط من مذهبه والخلط. وشكل عليها.

(٣) انظر الأحكام: ١٢٢/٢، والمنتخب: ٣٥٦، ولكنه لم يقله في الورث، وإنما قاله في الدين لو قبضه.

(٤) في (أ): بالعوض، ونبه على ما أثبتنا.

(٥) في (ب): تتعلق الشركة.

(٦) انظر الأحكام: ١٢٣/٢، والمنتخب: ٣٥٦.

قال: وكل ما لزم أحدهما من دين، لزم صاحبه، ولصاحب الدين مطالبة من شاء منهما، إلا ما لزم بجناية، أو نكاح.

[وهو منصوص عليه في (الأحكام) و(المنتخب)[١]].

المراد بالدين: هو الدين المتعلق بالتجارة؛ لأن الشركة وقعت في التجارة، والجناية والنكاح لا تعلق لهما بالتجارة، فعلى هذا لا يضمن أحدهما ما كفل الآخر، وكذلك الاستهلاك، وروى الكرخي ذلك عن أبي يوسف ومحمد، وهو استهلاك الغصوب، وما جرى مجراه، وهو الصحيح؛ لأنه لا خلاف أنه لا يلزم أحد الشريكين ما لزم الآخر من المهر بنكاح صحيح، أو وطء بشبهة، فكذلك ما ذكرناه، والعلة أنه لا تعلق له بتجارتهما؛ لأن الشركة إنما هي في التجارة.

مسألة: في مطالبة أحد الشريكين بما لزم شريكه

قال: وإن باع أحدهما[٢] شيئاً من رجل، كان لصاحبه أن يطالب المشتري بالثمن، وكان للمشتري أن يرجع على من شاء منهما بالعيب، إن وجده في المبيع، وكذلك إن استحق المبيع.

[وهو منصوص عليه في (الأحكام) و(المنتخب) [٣]].

وهذا مما لا أحفظ فيه خلافاً بين من قال بشركة المفاوضة؛ لأن ذلك من جملة التجارة، فوجب ما ذكرناه.

مسألة: في نفقة المتفاوضين

قال: وتكون نفقتهما من جميع المال.

[وهو منصوص عليه في (الأحكام)، و(المنتخب)[٤]].

---

(١) انظر الأحكام: ١٢٢/٢، والمنتخب: ٣٥٦.
(٢) في (ب): أحدهم.
(٣) انظر الأحكام: ١٢٢/٢، والمنتخب: ٣٥٦.
(٤) انظر الأحكام: ١٢٢/٢، والمنتخب: ٣٥٦.

وذلك أنها من جملة البيع والشراء، ولأنا لو أفردنا كل واحد منهما بالنفقة، لجوزنا أن يكون له نقد لا يدخل في الشركة، وهذا يبطل[١] شركة المفاوضة، فإن كان نفقة أحدهما أكثر من نفقة الآخر، فطابت بها نفس الآخر، جاز ذلك، وإن لم تطب نفسه، حُسب ذلك عليه، و لم يستوفها منه ما كانا على شركتهما، وإن أحب أن يدفع بماله عليه عرضاً، جاز؛ لأن زيادة العرض لا تبطل شركة المفاوضة؛ هذه الجملة لا خلاف فيها بين من أجاز شركة المفاوضة؛ لأنها موضوعة على المساواة، وفي زيادة نقد أحدهما إزالة المساواة.

وقوله: لم يستوف ما وجب على صاحبه، يبين أن الشركة لا تبطل بالملك[٢] حتى يضامه القبض، وبه قال: أبو حنيفة وأصحابه. ولا خلاف أن زيادة العروض لا تبطل شركتهما؛ لأن الشركة لم تتعلق بها؛ وكذلك إن باع أرضاً أو غيرها، وقبض الثمن، بطلت الشركة، وكذلك إن ورث نقداً، فقبضه، بطلت؛ وما لم يقبض ، يكونا على الشركة على ما بيناه من المذهب والاتفاق؛ وكذلك ما يرث من النقد لا يبطل الشركة حتى يقبض، وبه قال أبو حنيفة وأصحابه؛ وأما إن ورث شيئاً سوى النقد، لم تبطل شركتهما لما ذكرناه من أنه لا يتعلق بتجارتهما، والوجه أن الشركة لا تصح بالدين، وإنما تصح بالحاصل المقبوض، فلذلك اشترطنا القبض.

---

(١) في (أ): يفسد.

(٢) في (أ): بالملك للنقد.

باب الشرك على غير المفاوضة

مسألة: في شركة العِنان

إذ أراد الرجلان أن يشتركا شركة على غير المفاوضة، فلهما أن يشتركا بما شاءا من نقودهما، قليلاً كان، أو كثيراً، سواء كان لكل واحد منهما نقد غير ما اشتركا فيه، أو لم يكن، ولا بأس أن يستوي مالهما من النقد، أو يختلف.

[وهو منصوص عليه في (الأحكام)، و (المنتخب)(١)].

وهذه الشركة هي التي تسمى شركة عنان، وقد يقال بفتح العين، وكسره؛ فمن قال بفتح العين يذهب إلى: أنه من عَنَّ الشيء، أي عرض، ومنه قيل عنان السماء، فكان المراد أنهما اشتركا في شيء عَرَض، و لم يشتركا في جميع النقود، كالمفاوضة(٢): ومن قال بكسر العين: قال: إنه مأخوذ من عِنان الدابة، والراكب يُصرِّفه في يد واحدة دون الأخرى، وهو راجع إلى المعنى الأول؛ لأن المراد به شركة في أمر خاص دون ما سواه لتصريف(٣) الراكب العنان في يد واحدة دون الأخرى؛ وهذه الشركة لا خلاف فيها، وفي صحتها بين العلماء، وإنما الخلاف في الاسم، والمسلمون لم يزالوا يستعملونها في الأقطار(٤) أجمع، لا يتناكرون بها، ولا يختلفون فيها. فأما الاسم، فالمحكي عن مالك أنه قال: لا أعرف العنان، وأصحابنا أيضاً لم يستعملوا هذا الاسم، والاسم لا معتبر به، وإنما الاعتبار بالمعنى، وقد بينا أنه لا خلاف فيه.

وروى زيد بن علي، عن أبيه، عن جده، عن علي - عليهم السلام - أن رجلين كانا شريكين على عهد رسول الله - صلى الله عليه وآله وسلم - فكان أحدهما مواظباً على السوق والتجارة، والآخر مواظباً على المسجد والصلاة، فلما كان عند

---

(١) انظر الأحكام: ١٢٤/٢، والمنتخب: ٣٥٧.

(٢) في (أ): وكالمفاوضة.

(٣) في (أ): كتصريف.

(٤) في (أ): الأعصار.

قسمة الربح، قال صاحب السوق: أربحني أكثر، فقال النبي[١] - صلى الله عليه وآله وسلم -: «إنما كنت ترزق لمواظبة صاحبك على المسجد»[٢]. فدل ذلك على جواز الشركة على ما بيناه، وعلى أن الربح لا يجب فيه التفضيل من أجل العمل، وأنه يكون على ما يوجب العقد، وعلى قدر رؤوس الأموال.

مسألة: في الربح والخسارة في شركة العنان

قال: وإذا اشتركا على ذلك، وجب أن يشترطا[٣] الربح بينهما على ما أحبا من التسوية والتفضيل، وتكون الوضيعة على قدر رؤوس الأموال، فإن اشترطا في الوضيعة على خلاف ذلك، بطل الشرط.

[وهو منصوص عليه في (الأحكام)، و(المنتخب)[٤]].

وقال القاسم - عليه السلام -: إن لم يشترطا في الربح شيئاً، كان الربح بينهما على قدر رؤوس أموالهما.

ليس معنى قوله: «وجب أن يشترطا الربح» أنهما لو لم يشترطاه على ما أحبا من النصف، أو الثلث، أو الثلثين، أو أقل، أو أكثر، بطلت؛ وهذه الجملة لا خلاف فيها فيما أحفظه؛ ولا يستحق العامل زيادة الربح؛ لأنه يستحق بالعقد، أو على قدر رؤوس الأموال؛ وقد دل عليه الخبر الذي رواه زيد بن علي - عليهما السلام - إذ لم يجعل النبي صلى لله عليه وآله وسلم للمواظب على العمل زيادة في[٥] الربح.

وقلنا: إن الوضيعة على قدر رأس المال؛ لأنا لو قلنا خلاف /١٨٥/ ذلك، كنا قد ضمَّنا الشريك، وهو كالمضارَب لا ضمان عليه، وهو أمين فيما في يده، وعن علي

---

(١) في (أ): فقال صلى.

(٢)المسند كتاب الشركة. وأخرج الترمذي في السنن ٧٤/٤ عن أنس بن مالك قال : كان أخوان على عهد رسول الله - صلى الله عليه وآله وسلم - فكان أحدهما يحترف والآخر يأتي الرسول - صلى الله عليه وآله وسلم- فشكى المحترف أخاه فقال - صلى الله عليه وآله وسلم -: «لعلك ترزق به».

(٣) في (ب): يشتركا، وظنن على ما أثبتنا، وفي (أ): يُشترَط.

(٤) انظر الأحكام: ١٢٤/٢. والمنتخب: ٣٥٧، ٣٥٨.

(٥) في (أ): من.

- عليه السلام -: ليس على من قاسم الربح ضمان[1]. يعني الشريك، والمضارب، ويقاس على المضارب.

مسألة: في أن شركة العنان لا تصح إلاَّ بالنقود

قال: ولا يدخلان في الشركة إلا النقود، فإن أرادا أن يشتركا في شيء سوى النقود، باع صاحبه نصفه، أو جزءاً منه - على قدر شركتهما - من شريكه، ثم اشتركا فيه.

[وهو منصوص عليه في (الأحكام)، و(المنتخب) [2]].

ووجه قولنا إن هذه الشركة لا تصح إلا بالنقود: أنها تقتضي الوكالة في التصرف من كل واحد من الشريكين لصاحبه، ولا يصح للرجل أن[3] يقول: بع عبدك هذا على أن[4] يكون ثمنه بيني وبينك؛ فإذا كانت الشركة تتضمن الوكالة على الحد الذي بيناه، ولم يصح ما ذكرناه أولاً من قول الرجل لصاحبه: بع عبدك على أن يكون ثمنه بيني وبينك، كانت الشركة بالعروض جارية ذلك المجرى، فوجب أن تكون فاسدة. وقول الشافعي في هذا على ما بلغني يختلف.

وقلنا: إنهما إن أرادا أن[5] يشتركا بشيء سوى النقد، باع صاحبه نصف ذلك الشيء، أو جزءاً منه، من شريكه، ثم اشتركا - وهذا أيضاً يجوزه أصحاب الشافعي، وهو قول محمد، ويجب أن يكون صحيحاً - لأن توكيل الرجل صاحبه ببيع ملكه جائز، فأيهما باع، كان وكيل صاحبه، وكانا شريكين في الثمن على قدر المالين، واستمر التوكيل في التصرف في أثمانهما، فوجب أن تصح الشركة في ما ذكرناه على ما بيناه.

---

(١) أخرجه عبد الرزاق ٢٥٣/٨ عن عبد الله بن الحارث عن علي - عليه السلام - بلفظ: من قاسم الربح فلا ضمان عليه.

(٢) انظر الأحكام: ١٢٤/٢. والمنتخب: ٣٥٧.

(٣) في (ب): أنه.

(٤) في (ب): أنه.

(٥) سقط من (أ): أرادا أن.

مسألة: في اشتراط الشريكين أكثر الربح

قال: وإن كان أحدهما يلي العمل دون صاحبه، فاشترطا له ثلثي الربح، وثلثه للذي لا يلي العمل، كان ذلك جائزاً، وإن اشترطا ثلثيه للذي لا يلي العمل، وثلثه للذي يلي العمل، كان[1] ذلك فاسداً، وكان الربح بينهما على قدر رؤوس أموالهما.

[وهو منصوص عليه في (الأحكام)، و(المنتخب) [2]].

وهذا يكون إذا اشترطا في أصل الشركة أن يكون العامل أحدهما دون صاحبه، فإذا كان ذلك، واشترطا للعامل الثلثين، ولصاحبه الثلث، جاز؛ لأن العامل في ما يأخذ من الزيادة على قدر رأس ماله يكون آخذاً لعمله، فيكون حكمه حكم المضارب؛ ألا ترى أن المضارب يأخذ[3] ما يأخذ على عمله، إذ لا مال له في المضاربة، ولا خلاف في صحته؟ فكذلك ما ذكرنا.

فأما إذا اشترطا أن يكون للذي لا يلي العمل الثلثان، وللذي يلي العمل الثلث، وجب أن يكون الشرط فاسداً؛ لأنه إذا شرط زيادة على الربح الذي يكون في رأس المال، ولم يعمل، كان ذلك في حكم الربا؛ لأنه يكون كرجل أخذ من رجل مالاً يتجر فيه، فيعطيه ربحه وزيادة، وتلك الزيادة تكون ربا، فلذلك[4] فسد الشرط، وكان لكل واحد منهما قدر رأس ماله، (وكأنهما اشتركا ولم يشترطا في الربح شيئاً، فيرجع الأمر فيه إلى أن لكل واحد منهما من الربح قدر رأس ماله)[5]، وكذلك إن اشترطا ذلك والعامل أحدهما، صح ذلك، لأن مال الذي لا يعمل يكون في يد العامل على سبيل المضاربة؛ لأنه يتجر له فيه، ويعطيه ربحه، /١٨٦/ وذلك مما لا خلاف في جوازه.

---

(١) في (أ): كان الشرط.

(٢) انظر الأحكام: ٢/١٢٤، والمنتخب: ٣٥٨.

(٣) في (أ): أخذ.

(٤) في (أ): وكذلك إذا اشترطا فسد.

(٥) ما بين القوسين سقط من (أ).

وأما إذا اشترطا في الأصل أن يعملا جميعاً على أن يكون الربح بينهما نصفين، أو أقل من ذلك، أو أكثر، ثم لم يعمل أحدهما، وعمل الآخر، صح ذلك، وكذلك إن اشترط[١] لمن يعمل الثلثين، ولمن لا يعمل الثلث؛ لأن الشرط وقع في الأصل صحيحاً إذا اشترط كل واحد منهما العمل، فترْك أحدهما العمل لا يفسده؛ ويدل على ذلك[٢] ما رويناه من أن النبي - صلى الله عليه وآله وسلم - لم يزد في الربح شيئاً للمواظب على عمله لعمله، ولم يبخس المواظب على المسجد بتركه العمل، وجملة هذه المسائل لا خلاف فيها بيننا وبين أبي حنيفة، وأصحابه.

قال: وكذلك إن اشترطا لأحدهما ربحاً معلوماً كذا وكذا درهماً، كان ذلك فاسداً، وكان الربح بينهما على قدر رؤوس أموالهما[٣].

ووجه فساد ذلك: أنه يخرجه من الشركة إلى الإجارة؛ لجواز ألا يربح إلا ذلك القدر، وجواز ألا يربح شيئاً، ومتى خرج من[٤] الشركة إلى الإجارة، لم تصح الإجارة أيضاً؛ لأن الأجرة لا يجوز أن تعلق على الأخطار، وهذه الأجرة تكون على الخطر لجواز ألا يربح شيئاً، فوجب فساد ذلك، وكان الربح بينهما على قدر رؤوس أموالهما؛ لأن حكم الشركة إذا فسدت، أو المضاربة، أن يختص الربح رأس المال.

وحكى الجصاص عن زفر أنه قال: لا يجوز[٥] تفضيل الربح في شركة الضمان؛ لأن الربح الزائد يكون بمنزلة الأجرة، فلا يستحقه الشريك، كطعام بين رجلين استأجر أحدهما صاحبه بحمله، وهذا فاسد من وجوه:

أحدها : أنا نجوز في الطعام ما منعه ومنع أصحابه منه، فلا يلزمنا ما ذكر، على أن الربح لا يجري مجرى الأجرة في الشركة؛ لأن الشركة مخالفة للإجارة، على أن ما قال لو صح، لبطلت المضاربة على أصولهم، لأن المضارب يصير شريكاً في أول جزء من

---

(١) في (أ): اشترط.
(٢) في (أ): هذا.
(٣) انظر الأحكام: ٢/١٣١.
(٤) في (أ): عن.
(٥) في (أ): لا يجوز شرط تفضيل.

الربح، فيكون عاملاً في مال نفسه ومال صاحبه، فبطل ما ذهب إليه[١] زفر على أوضاعنا وأوضاعهم، فصح ما ذهبنا إليه.

مسألة: في شركة الوجوه

قال: ولا بأس أن يشترك الرجلان على أن يبيعا ويشتريا العروض وغيرها[٢] بوجوههما، وإن لم يكن لهما رأس مال، ويكون الربح بينهما نصفين، وكذلك الوضيعة تكون بينهما نصفين، ولهما أن يبيعا، ويشتريا[٣] مجتمعين ومفترقين، على ما يشترطان عليه، فلا يجوز أن يشترط أحدهما من الربح أكثر من النصف، وإن كان هو أبصر بالشراء والبيع من صاحبه.

[وهذا منصوص عليه في (الأحكام)، و(المنتخب)[٤]].

وهذه الشركة هي التي تسمى شركة الوجوه، وقد صح أن يعبر عنها بشركة الأبدان، وقال أبو حنيفة بجوازها، وأصحابه. وأبطلها الشافعي.

والذي يدل على صحة /١٨٧/ هذه الشركة: أنها تقتضي الوكالة من كل واحد منهما لصاحبه في شراء العين على أن تكون العين بينهما، وهذه الوكالة لو انفردت، لصحت، وإذا تعلقت بالشركة، فأولى أن تصح؛ لأن الشركة يصح فيها (من هذا الجنس)[٥] ما لا يصح على الانفراد، فما يصح على الانفراد أولى أن يصح مع الشركة، فإذا صحت الوكالة على ما بيناه، وجب[٦] ثبوت الثمن في ذمتهما لكل ما يشتريانه[٧]، ويكون الربح بينهما إذا باعاه، ليكون[٨] كل ما يبتاع من ذلك ملكاً لهما

---

(١) في (ب): ما قاله زفر.
(٢) في (أ): وغيرهما.
(٣) في (ب): ويشتركا.
(٤) انظر الأحكام: ٢/١٢٥ - ١٢٦. والمنتخب: ٣٥٨.
(٥) سقط من (أ) ما بين القوسين.
(٦) في (أ): ووجب.
(٧) في (ب): اشتريا.
(٨) في (أ): يكون.

جميعاً. واستدل(١) أصحاب الشافعي بتعذر الخلط في ذلك على فساد الشركة، وهذا باطل من وجهين:

أحدهما: أن الخلط عندنا ليس بشرط في الشركة.

والثاني: أن الاختلاط يحصل فيه؛ لأن كل ما يشتريانه يكون لهما جميعاً؛ وعلى هذا أجزنا، والشافعي في الشريكين في شركة العنان إذا أرادا أن يشتركا في العرض دون النقد أن يبيع مالك العرض جزءاً منه معلوماً لصاحبه؛ لتصح الشركة.

مسألة: في أن الربح على قدر الضمان

قال: فإن أرادا تفضيل أحدهما في الربح، وجب أن يضمن في(٢) الزيادة بقدر ما يزاد له من الربح؛ وصحة ذلك أن يكون ما يشتريانه بينهما على ما أحبا، وبيَّنا ذلك لكل من ابتاعا منه شيئاً، فإن لم يفعلا ذلك، كان الربح بينهما نصفين، والوضيعة كذلك بينهما نصفين.

[وهو منصوص عليه في (الأحكام)، و(المنتخب) (٣)].

اعلم(٤): أن هذا إنما يصح بينهما بأن يوكل أحدهما صاحبه بأن يكون ما يشتريه بينهما على الثلث، أو الثلثين، وكذلك يفعل صاحبه، فيكون الثلثان مثلاً لمن يريدان زيادة ربحه له، والثلث لصاحبه، فإذا فعل ذلك، كان ثلث الربح لأحدهما، وثلثاه للآخر، ويضمن صاحب ثلث الربح ثلث المال، وصاحب ثلثي الربح ثلثي المال؛ وأما بيان ذلك لمن يبتاعان منه، فللتأكيد، لا على أن ما فعلاه لا يصح لو لم يبيناه؛ لأنه ليس يجب على الوكيل أن يبين للبائع أنه يشتري السلعة لغيره، فإن لم يفعلا هذا الذي بيناه في أصل الشركة - وهو التوكيل على ما بيناه على الثلث، والثلثين، بل أطلقا أن

---

(١) في (أ): فاستدل.
(٢) في (ب): من.
(٣) انظر المنتخب: ٣٥٨، وفي الأحكام: ١٢٦/٢.
(٤) في (أ): واعلم.

تكون السلعة بينهما - كان الربح بينهما نصفين، والوضيعة[1]، بينهما كذلك؛ لأنا لو قلنا خلاف ذلك، أجزنا لأحدهما ربح ما لم يضمن، وقد نهى - صلى الله عليه وآله وسلم - عن ذلك، فلهذا وجب أن يكون الربح بينهما نصفين.

(١) في (ب): والوضيعة كذلك.

باب القول في المضاربة

مسألة: في كيفية المضاربة

المضاربة: أن يدفع رجل إلى رجل نقداً - ذهباً، أو فضة - على أن يَتَّجِرَ به، ويكون الربح بينهما على قدر ما يشترطانه، من نصف، أو ثلث، أو ربع، أو أقل، أو أكثر، والوضيعة على صاحب المال.

[وهو منصوص عليه في (الأحكام)، و(المنتخب) [1]].

والذي يدل على صحة المضاربة: الإجماع، لا نعرف فيه خلافاً، ويدل على ذلك:

ما رواه زيد بن علي، عن أبيه، عن جده، عن علي - عليهم السلام - أنه قال /١٨٨/ في المضارب يضيع منه مال المضاربة: لا ضمان عليه، والربح ما اصطلحا عليه[2]، والوضيعة على المال[3]. فدل ذلك على صحة المضاربة، من وجوه:

أحدها: أنه قول علي - عليه السلام - وقوله عندنا حجة.

والثاني: لا يحفظ عن أحد من الصحابة خلافه، فجرى مجرى الإجماع منهم.

والثالث: أنه من العقود التي استمر عليها المسلمون من لدن الصحابة، إلى يومنا هذا من غير تناكر، فوجب أن يكون صحيحاً.

وروي أن أبا موسى دفع قرضاً من أموال[4] المسلمين بالعراق إلى ولدي عمر، فربحا فيه، فأراد عمر أن ينتزع الربح منهما، فقال أحدهما: أرأيت إن هلك على من كان الضمان؟

---

(١) انظر الأحكام: ٢/١٣٠ - ١٣١. وانظر المنتخب: ٢٣٦.

(٢) سقطت: عليه من (ب).

(٣) المسند كتاب المضاربة. وأخرج عبد الرزاق في المصنف ٨/٢٤٨ نحوه.

(٤) في (أ): مال.

فقال: عليكما، فقيل: لو جعلته قرضاً ، [فقال: قد جعلته][1]. فدل ذلك على أن القرض كان معلوماً بينهم.

فأما من قال إنما يصح قياساً على المساقاة، فقد أبعد فيه؛ لأن المساقاة مختلف فيها، قد أبطلها خلق من العلماء، والمضاربة لا خلاف فيها، فكيف يجوز أن يكون المختلف فيه أصلاً للمتفق عليه؟ وهذا سهو من الشافعي. وما قلناه من أن الربح بينهما على ما يشترطانه، والوضيعة على صاحب المال، قد رويناه عن علي - عليه السلام - في الخبر الذي ذكرنا، ولا خلاف فيه أيضاً، وقد نص عليه زيد بن علي - عليهما السلام -.

مسألة: في اشتراط أحد المتضاربين ربحاً معلوماً

قال: ولا يجوز أن يشترطا لأحدهما ربحاً معلوماً من درهم فما فوقه، فإن اشترطا ذلك، فسدت المضاربة، وكان الربح لصاحب المال، والوضيعة عليه، وللعامل أجرة مثله.

[وهو منصوص عليه في (الأحكام)، و(المنتخب) [2]].

وهو قول زيد بن علي - عليهما السلام - وبه قال أبو حنيفة وأصحابه، ولا أحفظ فيه عن غيرهم خلافاً.

ووجهه: أنه إذا جعلا لأحدهما ربحاً معلوماً خرج من باب الشركة، وهذا إذا كان المشروط له الزيادة هو المضارب، فإن كان هو صاحب المال، كان ذلك ربا، وحصل العامل على إجارة فاسدة، وإذا صار بمنزلة الإجارة الفاسدة، وجب أن يكون للعامل أجرة مثله، كما يكون له ذلك في الإجارة الفاسدة، وأن يكون الربح لصاحب المال، ولا حق فيه للعامل؛ لبطلان الشركة.

قال: وإن لم يشترطا في المضاربة في الربح أمراً معلوماً، فسدت المضاربة.

[وهو منصوص عليه في (الأحكام)، و(المنتخب) [3]].

---

(١) أخرجه البيهقي ٦/١١٠، والدارقطني ٣/٦٣.

(٢) انظر الأحكام: ٢/١٣١ - ١٣٢، والمنتخب: ٢٣٦ ، ٢٣٧.

(٣) انظر الأحكام: ٢/١٣٢، والمنتخب: ٢٣٦.

وذلك أن الشركة تتعلق بالربح، فإذا لم يتبين ما يقسمان عليه، فسدت الشركة، وإذا فسدت، كانت إجارة فاسدة على ما تقدم القول فيه.

مسألة: في ما تصح المضاربة فيه من الأموال

قال: ولا يجوز أن يدفع إلى المضارب سوى النقد، من عرض، أو حيوان، أو متاع، أو غير ذلك بقيمته، فإن فعل فسدت المضاربة.

[وهو منصوص عليه في (الأحكام)، و(المنتخب)[١]].

وهو قول زيد بن علي - عليهما السلام -. وقال القاسم: تصح المضاربة بالعروض، وبه قال أبو حنيفة وأصحابه، مثل قولنا، وهو قول أكثر العلماء.

ووجهه: ما بيناه في باب شركة العنان من أن الشركة /١٨٩/ تقتضي الوكالة. ولا يصح أن يقول الرجل: بع هذا العبد على أن يكون الربح بيني وبينك، فهكذا المضاربة بالعروض، فأما المروي عن القاسم من إجازته بالعروض، فالذي عندي فيه أنه أراد أن يكون صاحب المال يدفع العرض[٢] إلى المضارب ليبيعه، وتكون المضاربة تقع على الثمن الحاصل، وهذا ليس ببعيد على مذهب يحيى - عليه السلام - بل قد نص عليه في (الفنون)[٣]، فتكون المسألة على هذا وفاقاً بينهما، والله أعلم.

مسألة: في اشتراط بلد معين للمضاربة

قال: فإن اشترط صاحب المال على المضارب أن يتجر في بلد بعينه، لم يكن[٤] للمضارب أن يخرج بماله من ذلك البلد، فإن أخرجه، وتلف، ضمن، وإن لم يتلف، وربح، كان على أصل المضاربة.

---

(١) انظر الأحكام: ٢/١٣٠، والمنتخب: ٢٣٦.

(٢) في (ب): العروض.

(٣) انظر الفنون ٤٤٤.

(٤) في (ب): يجز.

[وهو منصوص عليه في (المنتخب)[١]].

وقال أبو حنيفة مثل قولنا في أنه[٢] لا يجوز أن يخرجه من ذلك المصر، وأنه يضمن إن أخرجه، وقال هو وأصحابه: إن الربح يكون له، ويؤمر أن يتصدق به في قول أبي حنيفة، ولا يؤمر في قول أبي يوسف، ومحمد.

قلنا: إنه يضمن[٣] إن أخرجه من ذلك البلد إن تلف؛ لأنه قد تعدى في إخراجه؛ لأن رب المال جعل ذلك البلد بمنزلة الحرز، فإذا أخرجه منه، كان بمنزلة من وضعه في موضع ليس بحرز، فإن تلف، ضمن، ولأن تخصيصه بمصر بعينه جائز، كما يجوز تخصيصه بنوع من التجارات، فإن سلم، وربح، فإنهما على أصل المضاربة، وذلك أن المضاربة كانت في الأصل صحيحة، و لم يخالف المضارب في التجارة، وإنما خالف في موضع الإحراز، فلم يجب أن يجعل الربح له، ووجب أن يكون الربح والمضاربة على ما كانا عليه.

فإن كان صاحب المال أمره أن يتجر في سلعة بعينها، لم يجز له أن يتجر في غيرها، فإن اشترى غيرها، ضمنه المضارب، فإن أجاز صاحب المال شراءه، جاز، وكان الربح له، وللمضارب أجرة مثله، ولا يجاوز بها ما شرط له من الربح. وإن لم يجزه، كان المضارب ضامناً، فإن كان فيه ربح، كان لبيت مال المسلمين؛ وذلك[٤] أنه لما أمره أن يتجر في سلعة بعينها، فاشترى سواها، كان مخالفاً في التجارة، فجرى[٥] مجرى الوكيل يأمره الموكل بشراء شيء، فيشتري له غيره، في أنه لا يلزم الموكل، ويكون الشراء للوكيل، فإن أجازه الموكل، جاز على أصلنا في إجازة الشراء الموقوف أن المشترى له إذا لم يجزه، صار الشراء لمن اشتراه، ويجب صرف الربح لبيت مال المسلمين؛ لأنه صار إليه من وجه محظور.

---

(١) انظر المنتخب: ٢٣٧.

(٢) في (ب): وأنه.

(٣) في (ب): يضمن أخرجه. وظنن على: إذا أخرجه.

(٤) في (ب): ودليله أنه.

(٥) في (ب): مخالفاً له في نفس التجارة فيجري.

والأصل فيه: ما روي عن عاصم بن كليب، عن أبيه، في الشاة المغصوبة التي دُعي النبي – صلى الله عليه وآله وسلم – إليها، فلم[1] يُسغه، فسأل عن شأنها، فأُخبر أنها لغيره، وأنها ذبحت بغير أمر صاحبها، فأمرهم أن يطعموها الأسرى، فدل ذلك على أن ما يصير إلى الإنسان[2] من جهة محظورة يكون سبيله لبيت مال المسلمين؛ /١٩٠/ لأن الأسرى يلزم[3] أن يطعموا من بيت مال المسلمين.

وقلنا: لا يجاوز[4] به في أجرة المثل ما شرط، كما نقول في الإجارة الفاسدة؛ لأنه رضي بذلك، فلا يعطى أكثر مما رضي به؛ لفساد المضاربة، وبه قال أبو يوسف. وقال محمد: يعطي أجرته بالغة ما بلغت. وقال أبو يوسف: إن لم يكن ربح، فلا شيء له، وهو الأشبه بقولنا. قال محمد: له أجره مثله، وقول الشافعي كقول محمد. ومالك مع أبي يوسف.

قول المخالف في هذا يؤدي إلى أُكل مال الغير بالباطل؛ لأن المضارب إذا أخبر ألا[5] ربح، فأكله أجرته بالباطل، ويُؤدي[6] إلى أن يكون الجاني أحسن حالاً ممن لا جناية له إذا لم يكن ربح؛ لأن الجاني يستحق أجرة مثله، وإن لم يجن، لا يستحق شيئاً، وهذا خلاف العقل والشرع.

مسألة: في اشتراط بيع السلعة بغير نسأ

قال: وإن كان صاحب المال نهاه عن بيع السلعة نسيئة، لم يجز له بيعها نسيئة، فإن فعل، ضمن.

[وهو منصوص عليه في (الأحكام)[7]].

---

(١) في (أ): و لم.
(٢) في (ب): الإيمان. وظنن على ما أثبتناه.
(٣) في (ب): يجب.
(٤) في (أ): لا يجاوز في.
(٥) في (أ): أخبر الربح. وظنن على ما أثبتناه.
(٦) في (أ): بالباطل يؤدي.
(٧) انظر الأحكام: ١٣٠/٢.

وذلك أن حكمه في ذلك - على ما بيناه - حكم الوكيل، ولا خلاف أن الموكل إذا ما قال[١] للوكيل بالبيع: لا تبع نسيئة، لم يجز بيعه نسيئة، وأنه إن فعل، ضمن، فكذلك المضاربة[٢] إذا خالف في ذلك.

قال: فإن كان صاحب المال لم يشترط ذلك، جاز له فعله[٣]؛ لأن النسأ قد يدخل في التجارات، وقد جرت به العادة، وكذلك الوكيل بالبيع لو باعه نسيئة، جاز بيعه إذا لم ينهه صاحب المال الموكل له عن ذلك، فكذلك المضارب.

مسألة: فيما لا يجوز للمضارب عمله في المال

قال: ولا يجوز[٤] له أن يخلط مال المضاربة بماله، ولا أن يدفعه إلى غيره مضاربة، إلا أن يكون صاحب المال قال له: افعل فيه برأيك، فإن كان قال[٥] له هذا القول، جاز له خلطه بمال نفسه، ودفعه إلى غيره مضاربة، ولم يجز له أن يقرض من هذا المال أحداً، ولا أن يأخذ به سفتجة[٦] إلا بإذن صاحبه، في هذين المعنيين بعينهما.

[وهو منصوص عليه في (الأحكام)، و (المنتخب) [٧]].

ووجهه: أن الخلط ضرب من الاستهلاك، ولأن الوكيل ليس له أن يخلط مال الموكل بمال نفسه، فكذلك المضارب؛ وكذلك لا يجوز له دفعه إلى غيره مضاربة؛ لأنه إثبات شركة الغير في ماله، وليس له ذلك إلا بإذن صاحبه، لأنه ليس مما يشتمل عليه عقد المضاربة الأولى، فإن قال له: اعمل فيه برأيك، جاز له الأمران؛ لأنه قد رآه، ولا

---

(١) في (أ): إذا قال.

(٢) في (أ): المضارب.

(٣) انظر الأحكام: ٢/١٣٠ - ١٣١ والمنتخب: ٢٣٨.

(٤) في (ب): ولا يجوز أن.

(٥) في (أ): قال هذا.

(٦) السفتجة: أن تعطي لرجل مالاً فيعطيك رسالة إلى شخص آخر خوفاً من غائلة الطريق يمكنك استرداد ذلك المال منه.

(٧) انظر الأحكام: ٢/١٣١، والمنتخب: ٢٣٧.

يزيل الغرض المقصود، وهو معنى التجارة، وطلب[١] الزيادة.

وقلنا: إنه لا يجوز له أن يقرض منه، ولا أن يأخذ به سفتجة، إلا أن يأذن له فيهما بعينهما، وذلك أن القرض والسفتجة يزيلان الغرض المقصود بالمضاربة، وهو التجارة، وطلب الربح، والعقد على ذلك وقع[٢].

وقوله: اعمل فيه[٣] برأيك: ظاهره فيما يتعلق بالغرض المقصود من التجارة، /١٩١/ ووجوهها دون ما سواها؛ ألا ترى أنه لا يجوز له إذا قال: اعمل برأيك، أن[٤] ينفقه على نفسه، وعياله، ولا أن يتصدق به، ولا أن يهبه؛ لأنه مخالف للغرض المقصود، ولأن العقد لم يشتمل عليه؛ لأنه ليس من جملة التجارة، والسفتجة بمعنى القرض، فيجب أن تكون كالقرض.

مسألة: في ما ينفقه المضارب

قال: وما ينفقه المضارب على التجارة، فهو من الربح، وإن لم يكن ربح، كان من أصل المال، وما ينفقه على نفسه من ماله ما دام مقيماً، فإن سافر بالمال، كانت نفقته من المال.

[وهو منصوص عليه في (الأحكام)، و(المنتخب)[٥]].

وبه قال أبو حنيفة وأصحابه؛ وأصحاب الشافعي جعلوا نفقته إذا سافر على قولين.

قلنا: إنه ما أقام فنفقته على نفسه من ماله؛ لأنه لا خلاف فيه، ولأنه لم يكن مقيماً بسبب المضاربة والتجارة، بل الأصل الإقامة، فأما إذا سافر، فنفقته من المال؛ لأنه سافر للتجارة، فما يلزمه من المؤنة في النفقة يجري مجرى سائر مؤن التجارة، كالكراء لحمل المتاع، ولمن يحمل المتاع. والموضع الذي يوضع فيه، وما جرى مجراه.

---

(١) في (أ): ويطلب.
(٢) في (ب): قطع. ونبه على ما أثبتنا في الهامش.
(٣) في (أ): اعمل برأيك.
(٤) في (ب): لم.
(٥) انظر الأحكام: ١/١٣١، والمنتخب: ٢٣٧.

فإن قيل: هذا يؤدي إلى زيادة العامل بشيء من الربح، وهذا فاسد.

قيل له: نحن لا نجعل ذلك من الربح، وإنما نجعله من المال؛ لأنه يجري مجرى سائر المؤن التي يحتاج إليها المال؛ وحكي عن بعض العلماء أن له أن ينفق من المال القدر الزائد على نفقته في الحضر، وليس ذلك ببعيد، وأظنه عن بعض أصحاب الشافعي.

مسألة: في إدخال المضارب ماله في المضاربة

قال: ولو كان المضارب اشترى سلعة قبل أخذ مال [١] المضاربة، أو بعد قبضه - يعني مال المضاربة - لم يجز أن يدخله في المضاربة.

[وهو منصوص عليه في (الأحكام)، و (المنتخب)[٢]].

ووجهه : أن المضارب إذا اشتراه على ما بيناه، كان ذلك له، ولم يكن لصاحب المال، ولا يجوز أن يدخل في المضاربة ما لم يكن ملكاً لصاحب المال؛ لأن من شرط المضاربة أن يكون المال لرب المال، دون المضارب.

مسألة: في استدانة المضارب مالاً للمضاربة

قال: ولو أن رجلاً دفع إلى رجل دراهم معلومة مضاربة صحيحة، وأذن له في أن يستدين دراهم معلومة لتكون مع التي[٣] قبضها مضاربة، فاستدانها الرجل، كان جميع ذلك مضاربة.

[وهو منصوص عليه في (الأحكام)، و(المنتخب)[٤]].

ووجهه: أنه وكله باستدانة مال معلوم، وأذن له أن يضمه إلى الذي أعطاه، فوجب أن يصح ذلك؛ لأن الوكالة في ذلك صحيحة، وشروط المضاربة صحيحة.

قال: وإن أذن له أن يستدين دراهم غير معلومة المقدار، صحت المضاربة في التي

---

(١) في (أ): أخذ المضاربة.
(٢) انظر الأحكام: ١٢٢/١، والمنتخب: ٢٣٨ ، ٢٣٩.
(٣) في (ب): الذي.
(٤) انظر الأحكام: ١٣٣/١، والمنتخب: ٢٣٨.

قبض، وفسدت في ما استدان المضارب، وما كان فيه من ربح، أو خسران، فهو للمضارب.

[وهو منصوص عليه في (الأحكام) و (المنتخب)(١)].

ووجهه: أن قدر ذلك مجهول، ولا بد(٢) من أن يكون مال المضاربة معلوماً، وإلا لم تصح المضاربة، فإذا كان /١٩٢/ التوكيل للمضاربة(٣)، وبطلت المضاربة في الذي قبض فيه، بطل التوكيل، فوجب أن ذلك الذي استدان للمضارب، وإذا كان له، كان ربحه له، وخسرانه عليه.

مسألة: في المضارب يزيد للبائع على الثمن

قال: ولو أن مضارباً اشترى سلعة بثمن معلوم، واستزاد بائعُها شيئاً، فزاده، كانت الزيادة على المضارب في خاصة ماله.

[وهو منصوص عليه في (الأحكام)(٤)].

ووجهه: أنه متبرع بها، وليس للمضارب أن يتبرع بشيء من مال رب المال، فوجب أن يكون ذلك لازماً للمضارب، وألا يكون من مال رب المال.

مسألة: في شراء نصيب المضارب من الربح

قال: ولو أن صاحب المال أربح المضارب في شيء اشتراه المضارب من مال المضاربة، صح ذلك بينهما.

وهذا معناه أن يكون في الشيء ربح، فيشتري صاحب المال نصيب المضارب منه، كأن يكون المضارب اشترى عبداً بخمسمائة، وقيمته سبعمائة، فيكون نصف الربح للمضارب، وهو جزء من سبعة أجزاء، فيشتريه صاحب المال، ويأخذ العبد، فإن كان

---

(١) انظر الأحكام: ١٣٣/١، والمنتخب: ٢٣٨.
(٢) سقط من (ب).
(٣) في (أ): للمضارب.
(٤) انظر الأحكام: ١٣٣/٢.

ذلك جميع[1] رأس المال، كان ذلك فسخاً للمضاربة، وإن كان بعض[2] رأس المال، كان ذلك فسخاً لذلك القدر، ولا يجوز أن يشتري غير ما ذكرنا، فيكون بمنزلة من اشترى مال نفسه من وكيله، وذلك لا يصح؛ لأن المضارب بمنزلة الوكيل، وإن كان شريكاً في الربح، هذا ما يوجبه القياس، إلا أن الاستحسان يوجب صحة ذلك لوجهين:

أحدهما: الإجماع، فإنه مما لا خلاف فيه.

والثاني: أن المضارب قد تعلق له بالمال حق، وليس كالوكالة المحضة؛ ألا ترى أن صاحب المال ممنوع من التصرف فيه ما دامت الشركة قائمة، إلا بإذن المضارب، فإن حق التصرف للمضارب؟ فصح أن يشتريه، كالسيد يشتري من المكاتب ما في يده.

مسألة: في شراء المضارب من نفسه

قال: وإن اشتراه المضارب من نفسه، كان الشراء فاسداً .

[وهو منصوص عليه في (الأحكام) [3]].

ووجهه: أن الخصومة تكون بين البائع والمشتري في حقوق القبض، والتسليم، والرد بالعيب، ولا يجوز أن يكون الإنسان خصم نفسه.

مسألة: في إعانة صاحب المال للمضارب

قال: ولا بأس لصاحب المال أن يعين المضارب إن استعان به، فيبيع له، ويشتري، وتكون المضاربة بينهما صحيحة على ما كانت.

[وهو منصوص عليه في (الأحكام) [4]].

ووجهه: أنه معونة، وإحسان إليه، ولا يوجب ذلك فسخ ما بينهما، قال الله

---

(١) في (ب): سبع رأس، وظنن على جميع.
(٢) في (ب): يفقد، وظنن على ما أثبتناه.
(٣) انظر الأحكام: ١٣٣/٢.
(٤) انظر الأحكام: ١٣٣/٢ - ١٣٤.

تعالى: ﴿وَتَعَاوَنُوا عَلَى الْبِرِّ وَالتَّقْوَى﴾(المائدة: ٢).

قال: ولكن يوكل صاحبَ المال؛ لأن التوكيل-فيه إلى المضارب[1].

مسألة: في قسمة الربح إذا ربح المضارب وخسر

قال: وإن اتجر المضارب بالمال دفعة، فربح، ثم أخرى فخسر، ولم يكونا اقتسما الربح، بل كان في المال، وجب أن ينظر إلى رأس المال هل يفضل عنه شيء، فإن فضل، كان بين المضارب وصاحب[2] المال، وإن لم يفضل عنه شيء، لم يكن للمضارب فيه قسم - هذا وهما على مضاربتهما - ولا شيء للمضارب إلا من الربح، ولا ربح إلا /١٩٣/ بعد سلامة رأس المال، وإذا ربح، ثم خسر، فيجب أن يعتبر حصول رأس المال.

[وهو منصوص عليه في (الأحكام)[3]]، وهذا لا خلاف فيه.

قال: فإن كانا اقتسما الربح الأول، كان ما أخذه المضارب له، وكذا القول إن اتجر بالمال دفعات كثيرة يربح في بعضها، ويخسر في بعضها.

[وهو منصوص عليه في (الأحكام)[4]].

قال أبو حنيفة: هذه كالأولى ، يجمع الجميع، ويحسب ما أخذه المضارب، ثم يرفع رأس المال، ثم يقسم الربح بعد ذلك إن كان. وكلام يحيى في (الأحكام) على أنه رأى قسمة الربح الذي وقع للمضاربة الأولى، وأن ما بعده مضاربة ثانية ابتدئت، فلذلك لم يحسب الربح المتقدم في المضاربة الثانية.

ووجهه: أن قسمة الربح لا تكون إلا بعد إفراز رأس المال، فإذا رضوا بذلك، جرى مجرى التفاسخ، والله أعلم.

---

(١) انظر الأحكام: ١٣٢/٢.

(٢) في (ب): ورب.

(٣) انظر الأحكام ١٣٤/٢.

(٤) انظر الأحكام ١٣٤/٢ - ١٣٥.

مسألة: في ادعاء المضارب تلف المال

قال: وإذا ادعى المضارب ذهاب المال، كان القول قوله مع يمينه.

[وهو منصوص عليه في (المنتخب) [(١)]].

وهذا ما لا خلاف فيه؛ لأن يده بالإجماع يد الأمانة، والأمين يجب أن يكون القول قوله في ما في يده، كالمودَع، وقد ذكرنا ما رواه زيد بن علي - عليهما السلام- أنه قال في المضارب يضيع منه: لا ضمان عليه. وهذا في المضاربة الصحيحة، فأما الفاسدة، فإن المضارب يكون في حكم الأجير المشترك في الإجارة الفاسدة، وقول أبي حنيفة إن هذه كالأولى؛ (لأن من مذهبه أن الأجير المشترك أمين، فيجب على قوله ما ذكرنا في المسألة الأولى)[(٢)]. فأما عندنا، وعند أبي يوسف، ومحمد، فهو ضامن لما في يديه[(٣)]، لأنا نُضَمِّن الأجير المشترك بما تلف على يده، إلا أن يكون تلف بأمر غالب لا قِبَل له به، فإن ادعى تلفه بأمر غالب، فعليه البينة في ما ادعى.

مسألة: في ضمان المضارب للمال

قال: ولو أنه ضمن المال، كان ضمانه باطلاً، إن شاء، وفى، وإن شاء، لم يف.

[وهو منصوص عليه في (الأحكام)، و(المنتخب) [(٤)]].

ووجهه: أنه في حكم المودع، فيجب أن يبطل ضمانه كما يبطل ضمان المودع.

فإن قيل: فهلاً جعلتموه كالمستعير يضمن إذا اشترط الضمان؟

قيل له: لأن المستعير إذا شرط الضمان كأنه جعل الحفظ في مقابلة ما يستوفيه من المنافع، فأشبه الأجير المشترك، وليس للمضارب منافع معلومة فيُجعل الحفظ في مقابلتها، فإن اشترط الحفظ، كان متبرعاً به، وليس كذلك المستعير؛ لأنه يستوفي المنافع على الحفظ.

---

(١) انظر المنتخب ٢٣٦.

(٢) سقط من (أ) ما بين القوسين.

(٣) في (ب): يده.

(٤) انظر الأحكام: ١٣٧/١، والمنتخب: ٢٣٦.

مسألة: في موت المضارب

قال: وإذا[١] مات المضارب، وقد بيّن مال المضاربة، فصاحبه أولى به، وإن لم يكن بينه، استحقه بالبينة إن جحده الورثة، فإن لم يكن له بينة، استحلف الورثة.

[وهو منصوص عليه في (الأحكام)، و(المنتخب) [٢]].

أما إذا بيّن[٣] مال المضاربة، فلا إشكال أن صاحبه أولى به؛ لأنه لم يخرجه عن ملكه، فإن لم تكن له بينه، وأقر الورثة أنه في جملة تركته، فلا خلاف أن صاحب المال يستحق ذلك القدر بمنزلة الدين، وإن /١٩٤/ جحده الورثة، لم يثبت إلا بالبينة، كالدين يُدعى على الميت، وينكره الورثة، لا يثبت إلا بالبينة.

قال: وإن كان على المضارب دين، وعنده مال المضاربة لم يفرز، كان[٤] صاحب المال أسوة الغرماء.

[وهو منصوص عليه في (الأحكام) [٥]]، وبه قال أكثر العلماء، أبو حنيفة وغيره. قال القاسم: الدين أولى.

ووجهه: إذا لم يكن مفرزاً عن مال المضاربة، صار الجميع إرثاً له يرثه ورثته، ولا يجوز أن يصير مال الغرماء إرثاً له إلا بعوض للغير، فأشبه الدين، فوجب أن يكون هو أسوة الغرماء، وهذا إذا عُلم أنه كان في جملة ماله بإقرار الورثة، أو البينة، وأيضاً فإن المضارب لما أمكنه البيان، فلم يبينه حتى يصل رب المال إلى حقه بعينه، صار مضيعاً له بمنزلة من جعله في غير حرز، فيجب أن يصير ضامناً له، وإذا ضمنه، صار ديناً عليه.

ووجه ما ذهب إليه القاسم - عليه السلام - من[٦] أن الدين أولى؛ لأنه مضمون في الأصل، وليس كذلك مال المضاربة، ويجب[٧] أن يكون حاله أقوى، والصحيح ما

---

(١) في (ب): وإن.
(٢) انظر الأحكام: ١٣٥/٢، والمنتخب: ٢٣٩.
(٣) في (أ): تبيّن.
(٤) في (ب): يفرزه فكان.
(٥) انظر الأحكام: ١٣٥/٢.
(٦) في سقط (ب): من.
(٧) في (ب): فيجب.

ذهب إليه يحيى، وحكى - عليه السلام - مثل قوله عن علي - عليه السلام -.

مسألة: في مضاربة المملوك

قال: وإن دفع ماله مضاربة إلى عبد مأذون له في التجارة، صحت المضاربة، وكان هو والحرُّ فيه سواء، فإن أتلف العبد المال، أُخذ السيد ببيعه، وبيع ما في يده من مال السيد حتى يستوفي صاحب المال حقه.

[وهو منصوص عليه في (الأحكام)[1]].

والعبد المأذون له في حكم البيع، والشراء، والتجارة، والإجارة، كالحر، لا خلاف فيه، فوجب أن يكون كذلك في المضاربة؛ فأما إذا تعدى وأتلف، يلزم سيده[2] إلى قيمته، وقيمة ما في يده من مال التجارة؛ لأن هذا حكم ما يضمنه[3] في سائر البياعات، والأشرية، والإجارات.

قال: وإن دفع إلى عبد غير مأذون له في التجارة، كانت المضاربة فاسدة، فإن اتجر العبد فيه فربح، كان لصاحب المال، وللعبد أجرة مثله، وإن تعدى فأتلف، كان ديناً عليه يطالب به إذا عتق .

[وهو منصوص عليه في (الأحكام)[4]].

وذلك أن[5] ما يعاقد به صاحب المال عبداً غير مأذون له في عقد المضاربة لا يصح؛ لأن عقوده على نفسه تصح بإذن مولاه، فإذا لم يأذن مولاه، فسد العقد، فكأنه دفع المال إليه على مضاربة فاسدة، فكان الحكم ما ذكرناه، فإن تعدى فأتلف[6] المال، كان ديناً عليه يطالب به إذا عتق؛ لأن صاحب المال رضي بتصرفه في المال، ودفعه إليه، ولم يكن لمولاه فيه إذن، فوجب ألا يُلزم بتعديه مولاه، بمنزلة من يقرضه مالاً فينفقه أنه لا يلزم سيده؛ لأن صاحب المال رضي بذمته.

---

(١) انظر الأحكام: ١٣٦/٢.
(٢) في (أ): يسد.
(٣) في (ب): يلزمه.
(٤) انظر الأحكام: ١٣٥/٢.
(٥) في (أ): وكذا أن.
(٦) في (أ): تلف.

فإن قيل: صاحب المال لم يرضَ بتصرفه في الاستهلاك، وإنما رضي بتصرفه في التجارة.

قيل له: رضي بذمته لما سلم إليه المال[1]؛ لأنه لم يأمن أن يتحول إليه المال، فوجب ألا يلزم /١٩٥/ سيده.

مسألة: في مضاربة المراهق

قال: وإن دفع ماله مضاربة إلى المراهق بإذن أبيه، أو وليه، أو وصي أبيه، صحت المضاربة، وإن أتلف الصبي المال، وجب ذلك عليه في ماله.

[وهو منصوص عليه في (الأحكام) [2]].

وذلك أن المراهق إذا أذن له من يلي عليه في التجارة، صح بيعه وشراؤه وعقوده عندنا، فلذلك قلنا إن المضاربة صحيحة، فإن أتلف المال، كان عليه في ماله، كسائر جناياته في الأموال، فإن لم يكن له مال، كان ديناً عليه يطالب به إذا أيسر.

قال: فإن دفع إليه بغير إذن من يلي عليه، فسدت المضاربة، وكان للصبي عليه أجرة مثله.

[وهو منصوص عليه في (الأحكام)[3].

قلنا ذلك]؛ لأن عقوده لا تصح، فلم يصح عقد المضاربة، كما بينا في العبد الذي لم يكن مأذوناً له.

فإن قيل: فما تقولون في توكيل الصبي والعبد المحجور عليه.

قيل له: نجوزه، ولكن لا عهدة عليهما، والعهدة على الآمر لهما؛ لأنهما كالصغيرين عنده.

---

(١) في (ب): المال إليه.

(٢) انظر الأحكام: ١٣٥/٢.

(٣) انظر الأحكام: ١٣٥/٢.

باب شركة الأبدان

مسألة: في كيفية شركة الأبدان

لا بأس أن يشترك الصانعان في صناعتهما، ويقتسما ما رزقهما الله تعالى من كسبهما بينهما نصفين، ويكون الضمان عليهما نصفين، فإن اشترطا في الربح لأحدهما الثلث، وللآخر الثلثين، كان الشرط باطلاً، وكان الربح بينهما نصفين؛ لأن الضمان عليهما سواء.

[وهو منصوص عليه في (الأحكام)، و(المنتخب)[1]].

وهذه[2] الشركة تسمى شركة الأعمال[3]، ولا يبعد أن يقال شركة الوجوه، وهذه أسماء، والمرجع إلى معنى واحد، قال أبو حنيفة: هي صحيحة. وقال الشافعي: لا تصح، وأبطلها. وهذه الشركة مثل شركة الوجوه في شراء الأموال، وكل واحدة منهما تتضمن التوكيل، هذه في التقبل والعمل من كل واحد منهما لصاحبه، ويدخل الضمان فيه على سبيل التبع للتقبل، وتلك تتضمن التوكيل من كل واحد منهما لصاحبه في شراء الأموال وبيعها، ويدخل الضمان على سبيل التبع من حيث التمليك.

ووجه صحة هذه: ما ذكرنا في تلك. وذكر أبو بكر الجصاص أن هذه الشركة معقودة على الضمان، وما ذكرنا أولى بمذهب يحيى بن الحسين – عليه السلام – لأنه أشار إلى تقبل الأعمال في العهدة التي ذكر أنها تكثر بين هذين الشريكين.

قال أبو بكر: ألا ترى أنه لا يجوز أن يقول: تقبَّل أنت بعمل تعمله على أن يكون الربح بيني وبينك؟، وليس لهما ما يستحقان عليه الربح، فإذا لم يكن هناك وجه يجوز أن يستحق عليه الربح غير الضمان، صار عقدهما للشركة متضمناً للضمان، وموجباً له.

---

(١) انظر الأحكام: ٢/١٢٦ – ١٢٧، والمنتخب: ٣٥٩.

(٢) في (ب): هذه.

(٣) في (أ): الأبدان، ونبه على الأعمال في الهامش.

يقال له: ما تنكر على من قال لك: هاهنا /١٩٦/ وجه غير ما ذكرتَ، وهو أن يوكل صاحبه بتقبل العمل، وبالعمل، فيرجع التقبل[١] إليه، ويصير العمل إليه، فيستحق به الربح، ويدخل الضمان فيه من حيث حصل التقبل، كما نقول في مثله في شركة الوجوه في شراء الأموال، وإذا صح ذلك، بطل ما اعتمدته، ثم يقال له: لو لم يكن هاهنا إلا الضمان، لم يستحق الضامن الربح؛ ألا ترى أن رجلاً لو اشترى سلعة، فضمنها عنه آخر ،(لم يستحق الضامن من ربح السلعة شيئاً؟ كذلك إذا تقبل رجل عملاً، وضمنه آخر) [٢]، فلا يستحق شيئاً من الكسب وأجرة العمل، فبان به صحة ما ذكرنا من أن هذه الشركة تقتضي التوكيل مثل تلك، فإن الضمان فيهما جميعاً يحصل على سبيل التبع على ما بيناه، على أن سائر الشركة تتعلق (بالتوكيل دون الضمان، فإن دخل الضمان فيها، دخل على سبيل التبع، إلا المفاوضة، فإنها تتعلق)[٣]بالتوكيل والضمان جميعاً، وذلك نحو شركة العنان، وشركة الوجوه في شراء الأموال، وشركة المضاربة، فوجب أن تكون هذه الشركة كذلك، والعلة أنها من شركة العقود لا على المعاوضة.

ويدل على صحة ما ذكرناه: أنهم قالوا: إن هذه الشركة تصح في ما يصح فيه التوكيل من البيع والإجارة، ولا تجوز في ما لا [٤] يجوز فيه التوكيل، نحو الصيد والاحتشاش لا يصح فيهما التوكيل، ولكن حكينا ذلك عنهم لتبيين صحة ما ذهبنا إليه.

مسألة: في تفضيل أحد الشريكين بالربح

قال: وإن أرادا تصحيح شرط تفضيل أحدهما في[٥] الربح، بيَّناه في أصل الشركة: أن أحدهما هو الضامن للثلث، والآخر للثلثين، وأنهما يتقبلان العمل على هذا الشرط.

---

(١) في (أ): فيرجع إليه.
(٢) ما بين القوسين سقط من (أ).
(٣) ما بين القوسين سقط من (أ).
(٤) في (أ): فيها، ونبه على ما أثبتنا.
(٥) في (ب): من.

[وهو منصوص عليه في (الأحكام)، و(المنتخب) [1]].

وقد بينا وجه هذا في مسألة شركة الوجوه في شركة الأموال، والكلام في هذه مثل تلك؛ لأن التقبل في هذا[2] يحصل على الثلث والثلثين، والتملك في تلك يحصل على الثلث والثلثين، فيكون الضمان والربح بحسب ذلك في الشركتين جميعاً.

قال: وإذا اشتركا على ما وصفنا، كان لكل واحد منهما أن يتقبل العمل، ويعمله منفرداً، ومع صاحبه.

[وهو منصوص عليه في (الأحكام) [3]].

وذلك أن التقبل نفع لهما جميعاً، وكذلك العمل على حسب ما شرطا، فلو أن أحدهما عمل، ولم يعمل الآخر، كان من لم يعمل شريكاً لمن عمل؛ لأن تقبل كل واحد منهما بينه وبين صاحبه، وكذلك عمله.

مسألة: في اختلاف الصناعة في شركة الأبدان

قال: ولا بأس بهذه الشركة لصانعين، وإن اختلفت صناعتهما.

[وهو منصوص عليه في (الأحكام)[4]]. وبه قال أبو حنيفة، وأبو يوسف، ومحمد. وقال زفر: لا تصح هذه الشركة مع اختلاف الصناعتين، ذكره الكرخي.

والصحيح ما ذهبنا إليه من صحتها مع اختلاف الصناعتين؛ لأنها إن كانت معقودة على التوكيل على ما بيناه، أو على الضمان على ما حكيناه، فهي صحيحة مع اختلاف الصناعتين؛ ألا ترى أنه يصح من الصانع أن يتقبل الخياطة بنفسه ووكيله، ثم يستعملها الخياط، (ويصح من الخياط أن يتقبل الصناعة بنفسه ووكيله، ثم

---

(١) انظر الأحكام: ١٢٧/٢، والمنتخب: ٣٥٩.
(٢) في (ب): هذه.
(٣) انظر الأحكام: ١٢٧/٢.
(٤) نظر الأحكام: ١٢٧/٢.

يستعملها الصانع)[١]؟ وهكذا الضمان يصح من كل واحد منهما، فإذا صح ما ذكرناه على ما بيناه في ذلك، صح أن اختلاف الصناعتين في هذا الباب كاتفاقهما، على ما ذهبنا إليه.

مسألة: في اختلاف الشريكين

قال: وإن اختلف الشريكان[٢]، بطلت شركتهما .

[وهو منصوص عليه في (الأحكام) [٣]].

وذلك أنها شركة /١٩٧/ معقودة على الوكالة، وليس فيها مالٌ يتعلق الحق به، فإذا أنكر[٤] كل واحد منهما ما يدعيه صاحبه، فأنكره، فقد زال ما بينهما؛ ألا ترى أن رجلاً لو قال لآخر: وكلتك بشراء العبد، فقال: بل وكلتني بشراء الفرس، أو من قال: وكلتك بشراء هذا العبد بألف، فقال: بل وكلتني بشرائه بألف وخمسمائة، لم يستقر بينهما التوكيل؟ فكذلك هذه الشركة.

مسألة: في ما تجوز فيه شركة الأبدان من الصناعات

قال: وهذه الشركة جائزة بين أهل كل صناعة. وذهب أبو حنيفة وأصحابه إلى أن هذه الشركة لا تصح بين الصيادين، والمحتشين، والمحتطبين، والعاملين في المعادن، قالوا: لأن الاستئجار منهم والتوكيل لا يصح، وعموم قوله[٥] جائزة بين كل صناعة، يدل على عمومها فيهم، وقد نص في (الفنون) [٦] على جواز الشركة في المعادن، والاستئجار فيها جائز على مذهب الشافعي، ذكره ابن أبي هريرة في (التعليق).

والذي يدل على جوازها فيهم: أن كل ذلك عمل يصح فيه التوكيل والاستئجار،

---

(١) ما بين القوسين سقط من (أ).
(٢) في (أ): الشريكان في ذلك بطلت.
(٣) انظر الأحكام: ١٢٧/٢.
(٤) سقط من (أ): أنكر.
(٥) في (أ): هي جائزة بين أهل كل صناعة تدل على جوازها فيهم.
(٦) انظر الفنون ٤٥٤ - ٤٥٥.

بدلالة أنها كسائر الأعمال، فإن لها نفعاً معلوماً.

فإن قيل: كيف يكون للاصطياد نفع معلوم، وهو يتعلق بالغرر، لأنه لا يدري هل يصيد، أم لا؟

قيل له: إنما يجوز ذلك في المواضع التي يجب[1] فيها، كاصطياد السموك، والطيور؛ لأن المواضع[2]والأوقات المعتادة لا يجري فيها من الغرر إلا اليسير الذي يقع مثله في التجارات؛ وإذا ثبت أنه يصح التوكيل، صحت الشركة فيه على ما بينا؛ لأنها معقودة على التوكيل.

فإن قيل: فإنها[3] قد يقع فيها غرر؛ لأنه قد يتقدم الأمر فيه ويتأخر، ولا يمكن ضبطه.

قيل له: ليس يقع فيه إلا ما يقع في سائر الاستئجار؛ ألا ترى أن الاستئجار على ضرب اللَّبِن قد يتقدم الأمر وقد يتأخر، لغرض في ذلك باتصال الأمطار، ويتقدم لاستمرار الصحو؟ فبان أن مثل هذا لا يوجب إبطال الاستئجار، وقد يجوز أيضاً أن يستأجر أجير الخاص على هذه الأعمال، ويستحق الأجرة بمرور الزمان مع تسليم النفس.

---

(١) شكل عليها في (ب).
(٢) في (أ): المواضع في الأوقات.
(٣) في (أ): فإنه.

باب القول في شركة العلو والسفل والشوارع والأزقة

مسألة: في الشريكين في السفل والعلو

إذا كان لرجل سفل بيت، ولآخر[1] علوه، فانهدم البيت، وأبى صاحب السفل أن يبني سفله، وأراد صاحب العلو أن يرد مسكنه، قضي له على صاحب السفل ببناء سفله ليبني هو عليه علوه، فإن كان صاحب السفل معسراً، أطلق لصاحب العلو أن يبني السفل، ويمنع صاحب السفل من سكناه حتى يؤدي إلى صاحب العلو ما غرم في بناء السفل، وإن أحب صاحب العلو، استغل السفل إلى أن يستوفي ما غرم فيه.

[وهو منصوص عليه في (الأحكام)، و(المنتخب) [2]].

قال أبو /١٩٨/ حنيفة: لا يجبر صاحب السفل على بناء السفل، ولكن صاحب العلو إذا بناه يمنع صاحب السفل من سكناه حتى يوفيه ما غرم فيه، ويكون ذلك في يد صاحب العلو على سبيل الرهن إلى أن يستوفي حقه.

ووجه ما ذهبنا إليه: أنه لا خلاف في أن صاحب السفل ليس له أن يبيع نقض سفله؛ لتعلق حق صاحب العلو به، فيجب أن تلزمه إعادته إذا انتقض؛ لتعلق حق صاحب العلو به؛ لأن كل من لم يكن له منع الغير من ملكه لتعلق حقه[3] به، يلزمه تسليمه إليه، كالدار المستأجرة، وكالرهن إذا صار في يد الراهن، وما أشبه ذلك.

ويقال لهم: إذا قلتم إنه إذا أعيد السفل، كان في يد صاحب العلو على سبيل الرهن إلى أن يستوفي منه ما غرم، فقد أوجبتم ذلك على صاحب السفل؛ لأنه إن لم يكن ذلك الغرم لازماً له، فلا وجه (لأنْ يكون حقه في يد صاحب العلو على سبيل

---

(١) في (أ): والآخر.

(٢) انظر الأحكام: ١٩٣/٢، والمنتخب: ٢٢٤.

(٣) في (أ): غيره، ونبه على حقه.

الرهن، وإن كان لازماً له، فلا وجه)[١] لقولكم إنه لا يجبر عليه.

وقلنا: إن صاحب العلو إن أحب، استغل السفل إلى أن يستوفي ما غرم فيه؛ لأنه أنفع لهما، وأقرب إلى أن يصل كل ذي حق إلى حقه - من صاحب العلو، وصاحب السفل - ولأن من مذهبنا أن الحاكم يبيع على المديون ماله بحق الغريم إذا تقاعد من إيفائه حقه، فالاستغلال أولى بذلك.

مسألة: في بيع صاحب السفل نقض سفله

قال: وليس لصاحب السفل أن يبيع نقض سفله، وإن كان معسراً، وله أن يبيعه قائماً غير منقوض.

[وهو منصوص عليه في (المنتخب)[٢]].

وذلك لأن في نقضه إبطال حق صاحب العلو، وهذا مما لا خلاف فيه؛ فأما إن باعه قائماً غير منقوض، فذلك جائز، ولا ضرر على صاحب العلو فيه، إذ حقه ثابت لا مانع من استيفائه.

مسألة: في الاشتراك في العيون والأنهار

قال: وكذلك القول في العين والنهر يكون بين شريكين أو شركاء، يعمره أحدهم بالكسح، أو بناء المسناة، أو غير ذلك مما لا بد منه ، لم يكن لمن لم ينفق فيه شرب حتى يرد على شريكه ما غرم في حصته.

[وهو منصوص عليه في (الأحكام)[٣]].

ووجهه: ما تقدم في المسألة الأولى فلا معنى لإعادته.

---

(١) ما بين القوسين سقط من (أ).

(٢) انظر المنتخب: ٢٢٤.

(٣) انظر الأحكام: ٢/١٩٤.

مسألة: في الاختلاف في عرض الشوارع والأزقة

قال: وإذا اختصم الجيران في عرض الشوارع والأزقة، فأحسن التقدير في الشوارع التي تجتازها المحامل والعماريات أن يكون اثني عشر ذراعاً، وأن يكون عرض الطريق التي هي دون ذلك سبعة أذرع، وأن يكون عرض الأزقة التي لا منفذ لها على عرض أوسع باب فيها.

[وهو منصوص عليه في (الأحكام)[١]].

هذا الذي ذكره من التقدير هو ضرب من الاجتهاد، وما عرف من جهة العادة أن فيه دفع ضرر عن المستطرقين، وعن الجيران، وهو على ما ذكره فيه، وهذا التقدير يحتاج إليه في موضعين:

إما أن يلتبس حال الطريق، وحال ما حولها من الأملاك، فيرجع إلى هذا التقدير.

وإما أن يكون حول الطريق أرض موات، فيُمنع من أراد الإحياء إلا بعد أن يَجعل للطريق هذه التقديرات؛ فأما إذا كان حول الطريق أملاك متميزة عن الطريق لا /١٩٩/ التباس فيها، فحكم الطريق أن يترك على ما هو عليه من الضيق والسعة.

ولتقدير الزقاق على أوسع باب فيه وجه آخر، وهو أن من أراد دخول داره، فله أن يدخل من أي موضع شاء من بابه، وكذلك من[٢] أراد الخروج، فيصير كل ما اتصلت طريقاً، ولعل هذا الوجه في عرض الدار التي في صدر الزقاق أوضح.

مسألة: في فتح الكنف إلى الطرق

قال[٣]: ويجب أن يمنع الناس من فتح الكنف إلى الطريق والشوارع، وأن تهدم الصوامع المشرفة على دور المسلمين من المساجد إذا كان تبدو حرمهم لمن ارتقى فيها.

---

(١) انظر الأحكام: ١٩٤/٢.

(٢) في (أ): أن.

(٣) سقط من (أ): قال.

[وهو منصوص عليه في (الأحكام)[١]].

ومنع من ذلك كله؛ لأنها أجمع ضرر بالمسلمين، وقال- صلى الله عليه وآله وسلم-: «لا ضرر ولا ضرار في الإسلام».

فإن قيل: ألستم لا تمنعون الجار أن يبني لنفسه ما يمكن الإشراف فيه على منزل جاره، بل تقولون: إن جاره هو الذي يعمل لنفسه الستر إن احتاج إليه، فكيف قلتم إن الصوامع تهدم إذا أمكن الإشراف منها على دور المسلمين؟

قيل له: لأن الصوامع بنيت لمصالح المسلمين، فإذا حصل فيها الضرر لبعض المسلمين، زال الوجه الذي بنيت له، فوجب نقضها، والدور والمنازل لم تُبنَ لمصالح المسلمين، بل كل إنسان له أن يعمل في ملكه ما يريد، ويبني ما شاء، لا يمنع منه؛ لأن في منعه منه إدخال الضرر عليه، وقال - صلى الله عليه وآله وسلم -: «لا يحل مال امرئ مسلم إلا بطيبة[٢] من نفسه». ولا يحل هدم بنائه في ملكه، ولا منعه من بنائه.

مسألة: في قسمة السيل

قال: وإذا كانت مزارع ونخيل بعضها منخفض عن بعض، أمسك صاحب الأعلى الماء للزرع إلى الشراكين، وللنخل إلى الكعبين، ثم يرسل الماء إلى من هو أسفل منه، ثم كذلك يفعل من هو أسفل منه حتى ينتهي إلى آخر الضياع إن كان كثيراً، أو ينقطع إن كان يسيراً[٣].

[وهو منصوص عليه في (المنتخب)، و(الأحكام)[٤]].

هذا ذكره على ما عرف من حاجة تلك الأرضين إلى الماء، وعلى ما جرت به[٥]

---

(١) انظر الأحكام: ٢/١٩٥.
(٢) في (أ): بطيب.
(٣) في (أ): قليلاً.
(٤) انظر المنتخب: ٣٦٢، والأحكام: ٢/٤٥١.
(٥) في (ب): له.

عادات أهل تلك الديار، وعلى ما علم من كفاية هذا القدر[١] لمزارعهم؛ فإن كانت مزارع تكون حاجتها إلى أكثر من هذا القدر، أو أقل، كان العمل على مقدار الحاجة، وهذا إذا لم يكن الجميع شركاء في الماء، وكان حق الأسفل في الصبابات[٢] دون أصل النهر، فأما إذا كان للجميع حق في أصل النهر، وكان الكل فيه شركاء - أصحاب الأسفل، وأصحاب الأعلى - فيجب أن يقسم الماء بين الجميع على مقادير حقوقهم، قلَّ الماء، أو كثر؛ ليكون النفع عائداً على الجميع، والضرر إن قلَّ الماء لاحقاً للجميع.

مسألة: في حريم الآبار

قال: وأحسن ما يعمل عليه في حريم رأس العين العظيمة التي يفور ماؤها أن يجعل خمسمائة ذراع من جوانبها[٣] الأربع، ولا يدخل على صاحبها غيره في حريمها، ولا يحفر فيه، وأن يجعل حريم البئر الجاهلية خمسين ذراعاً من كل جانب، /٢٠٠/ وأن يجعل حريم البئر الإسلامية الحادثة أربعين ذراعاً .

[وهو منصوص عليه في (الأحكام)، و(المنتخب)[٤]].

وهذه المقادير على ما مضى ذكرها، بحسب أحوال البئر، وتلك الديار، وما عرف من الحاجة إلى ما ذكر، وهذا على ما قدمنا القول فيه يكون على وجهين: إذا التبس الأمر في الحريم، أو كان حول هذه الآبار والعيون أرضون مباحة، فيُمنع من أراد الإحياء في مقادير حريمها، فأما إذا كان حولها أملاك معروفة ثابتة، فلا يمنع الملاك من أملاكهم.

مسألة: في التصرف في ماء العين المشتركة

قال: وإذا اشترك رجلان في عين، أو بئر[٥]، كان لكل واحد منهما أن يجري ماله من النصيب في الماء إلى أي أرضه شاء بعد ألا أن يكون مضاراً لصاحبه.

---

(١) في (أ): التقدير.

(٢) في (ب): الضياعات، وظنن على ما أثبتنا.

(٣) في (أ): جوانبه.

(٤) انظر الأحكام: ٢/١٩٢ - ١٩٣، والمنتخب: ٣٦٧.

(٥) في (أ): نهر.

[وهو منصوص عليه في (الأحكام)، و(المنتخب)[1]].

وذلك أن الماء إما أن يكون ملكاً له، أو حقاً، فأيهما كان، فهو أولى به ما لم يضار غيره، من نحو أن يكون لغيره في صبابته حق يقطع عنه بإجراء الماء إلى غير ذلك الموضع، فلا يجوز، أو يحتاج إلى سَكْر لأخذ الماء يضر بالنهر، أو لا يتم إلا بان يستعمل ملك غيره، فإنه لا يجوز؛ فأما إذا سلم مما ذكرنا وما أشبهه، فصاحب الماء أولى به يخرجه إلى حيث شاء.

(١) انظر الأحكام: ١٩٥/٢، والمنتخب: ٣٦١.

باب القول في القسمة

مسألة: في طلب الحاضرين من الورثة للقسمة

إذا مات الرجل وخلف تركة، وورثة - فيهم غُيَّب وصغار - وطلب الكبار الحاضرون قسمتها، كان للحاكم أن يقسمها بينهم، ويستحب إحضار الغُيب، فإن لم يفعل، جاز.

[وهو منصوص عليه في (المنتخب) [١]].

اعلم أن القسمة كلها في معنى البيع، وجارية مجراه، لأن حق كل واحد من الشركاء شائع في الجميع، فإذا فرز[٢] حق أحدهم، كان قد جعل غيره عوضاً عما جعل من حقه لذلك الغير، وهذا هو البيع؛ لأنه يملك كل واحد منهما صاحبه ما ملكه بعوض أخذه منه. وذهب أبو بكر إلى أن القسمة في ما يكال أو يوزن ليس فيها معنى البيع، (ومعنى البيع)[٣] في سائر الأشياء التي تقوَّم للقسمة. وليس ذلك كذلك؛ لأن الذي بيناه حاصل في ما يكال ويوزن كحصوله[٤] في ما لا يكال ولا يوزن، ودخول التقويم في ما لا يكال ولا يوزن لا يخصصه بالبيع دون ما لا يدخله التقويم مما يكال ويوزن؛ لأنه قد يقوَّم الشيء لا للبيع، وقد يباع بغير تقويم ،(وإنما يدخل التقويم في القسمة حيث يدخل التعديل للأنصباء فقط، وأما إذا أمكن التعديل بغير التقويم)[٥] لم يحتج إلى التقويم، فإذا ثبت ذلك، فالقياس ألا يجبر أحد على القسمة؛ لأنها بمعنى البيع، ولا يجبر أحد على بيع ملكه مع سلامة الأحوال؛ لكن المسلمين أجمعوا على أن القسمة تجب، ويجبر عليها من أبى من الشركاء إذا تعلق النفع والصلاح بها، و لم يكن على الشركاء فيها ضرر، فعدلنا عن القياس، واتبعنا الإجماع.

---

(١) انظر المنتخب: ٣٦٠ ، ٣٦١.

(٢) في (أ): أفرز.

(٣) ما بين القوسين سقط من (أ).

(٤) سقطت من (أ): كحصوله.

(٥) ما بين القوسين سقط من (أ).

فصل: في ما تصح قسمته وما لا تصح

فإذا مات الرجل، وخلف تركة وورثة، وطلب /٢٠١/ الورثة أو بعضهم القسمة، نُظر، فإن كان المال ثوباً واحداً، أو عبداً واحداً، أو حيواناً واحداً، أو فصاً واحداً، أو حانوتاً واحداً صغيراً لا ينتفع به مع القسمة، أو حماماً واحداً، لم يقسمه الحاكم؛ لأن الغرض بالقسمة نفع الشركاء وصلاحهم، فإذا أدت القسمة إلى الفساد والضرر، لم يقسم الحاكم، وخلى بينهم، فإن اقتسموا هم على وجه التراضي ما يتأتى القسمة فيه، لم يمنعهم، فأما ما عدا ما بيناه وما يجري مجراه مما يتأتى فيه القسمة، ويكون في القسمة نفع، فإن الحاكم يقسم إذا طلبوا القسمة، أو طلبها بعضهم، لا خلاف في ذلك، وكذلك إن كان فيهم صغار، أو[1] غيب على ما نص عليه، وهذا من مذهبه يدل على أنه يرى الحكم على الغائب؛ لأن القسمة تتضمن معنى البيع والحكم، وقد أجازهما على الغائب.

مسألة: في نقض القسمة

قال: وإذا وقعت القسمة صحيحة عادلة، لم يكن نقضها للغائب إذا حضر، ولا للصبي إذا كبر، وإن كانت وقعت غير صحيحة، كان لهم أن ينقضوها، فإن كان بعضهم قد باع حصته، انتقض البيع .

[وهو منصوص عليه في (المنتخب) [2]].

إذا أجمعوا على أن القسمة وقعت غير صحيحة، وعلى سبيل الغلط، وأقروا بذلك، انتقضت القسمة، فإن اختلفوا، فالبينة على من يدعي الغلط؛ لأن الأصل في معاملات المسلمين الصحة؛ ألا ترى أن أحد المتبايعين إن ادعى فساد البيع، وادعى الآخر صحته، كانت البينة على مدعي الفساد، واليمين على مدعي الصحة؟ وكذلك في القسمة، وما يدعي من الغلط على سبيل التغابن، لم يسمع، كما لا يسمع من

---

(١) في (أ): صغار وغيب.

(٢) انظر المنتخب: ٣٦٠ - ٣٦١.

المتبايعين، والقسمة[١] مع التغابن تصح إذا رضي به الشركاء، كما يصح البيع إذا رضي به المتبايعان، إلا أن يكون في القسمة غائب، أو صبي لم يرض بها، كما يكون ذلك في البيع؛ وإنما يكون[٢] الغلط فيها أن يدفع الثلث إلى من يستحق السدس، أو السدس[٣] إلى من يستحق النصف[٤]، أو ما أشبه ذلك لو جعل لبعضهم ما لا ينتفع به على سبيل الغلط، وما جرى مجراه، فإذا كان ذلك، نقض الحاكم القسمة كما ينقض البيع إذا جرى فيه ما يفسده؛ فإن كان بعض الورثة باع نصيبه، نظر في الغلط، فإن كان ثبت بإقرارهم، لم ينتقض البيع، بل يلزمهم تعديل القسمة في ما في أيديهم من المقسوم والثمن، وإن ثبت الغلط بالبينة عند الحاكم، انتقض البيع؛ لأن بإقرار من خرج الشيء عن يده، ودعوى شركائه، لا يفسد البيع، كما أن رجلاً لو باع من آخر، ثم ادعى أنه كان في يده على سبيل الغصب، وأنه كان ملكاً لفلان، وصدقه فلان، يكون المشتري أولى بما اشتراه، لا ينظر إلى إقرار البائع، ولا دعوى الآخر، وإن ثبت ذلك بالبينة عند الحاكم، انتقض البيع، فهكذا القسمة.

قال: وإذا كانت أرضين متفرقة بين جماعة وكان لبعضهم فيها يسير، ولبعضهم فيها كثير، وكانت حصة صاحب /٢٠٢/ اليسير في كل موضع منها ما لا ينتفع بها لقلتها، كان له أن يقول لشركائه: اجمعوا حصتي في موضع واحد، وحكم له عليهم بذلك .

[وهو منصوص عليه في (المنتخب)[٥]].

وقال أبو حنيفة: تقسم كل قطعة منها على الانفراد. وقال أبو يوسف ومحمد مثل قولنا، وقالا: هو على ما يراه الحاكم من الصلاح لهم، وبه نقول.

ووجه قولنا: أن القسمة موضوعة لصلاح الشركاء، وتحرِّي منافعهم، فإن[٦] ثبت

---

(١) في (أ): لأن القسمة.
(٢) في (أ): وإنما الغلط.
(٣) في (أ): والسدس.
(٤) في (أ): الثلث.
(٥) انظر المنتخب: ٣٦٢.
(٦) في (أ): فإذا.

عند الحاكم أن صلاح بعضهم أن يجمع نصيبه في بعض المقسوم دون بعض، ولم يكن في ذلك ضرر على الباقين، وجب أن تمضي القسمة على ذلك، ويحكم بها على الشركاء ،كما يفعله في الدار الواحدة، والقطعة الواحدة، والحانوت الواحد، لأنها قسمة وقعت على الصلاح(١)، ولا ضرر فيها على الشركاء.

فإن قيل: هذا يجري مجرى البيع، ولا يجوز الإجبار على البيع.

قيل له: فكل قسمة تتضمن معنى البيع، فكان الواجب ألا يجبر على شيء منها.

فإن قيل: فلا يمتنع أن تتفاوت أحوال الدور المتفرقة، والأرضين المتفرقة، فلا يصح قسمة بعضها في بعض.

قيل له: يعدل التفاوت بالتقويم؛ ألا ترى أن العرصة الواحدة إذا كانت واسعة الأطراف يتصل بعض جوانبها بالعمارة، وبعضها بالخراب، تتفاوت لأمر في جوانبها، ولا خلاف أنها تعدل بالتقويم، ويقسم بعضها في بعض؛ فكذلك ما أنكرتموه.

فإن قيل: إذا ثبت أن الأجناس المختلفة لا يقسم بعضها في بعض لتفاوتها، فكذلك ما اختلفنا فيه.

قيل له: قد أجبنا عن التفاوت بما كفى، ونحن لا نقول إن الأجناس المختلفة لا تقسم بعضها في بعض، على ما سنبينه من بعد.

مسألة: في من لا يشترى نصيبه منفرداً

قال: ولو أن رجلاً كان له نصيب في جربة، أو عبد، واضطر إلى بيعه، وكان لا يشترى نصيبه منفرداً، حكم على شركائه بابتياع نصيبه منهم، أو بيع حصصهم معه.

هذا قول يحيى - عليه السلام - [في المنتخب(٢)]، وإن كان له وجه في النظر، فإني لا أقول به؛ لأني لا أعرفه لأحد قبله، ولا آمن أن يكون خارجاً عن الإجماع؛ فإن كان له قائل، ولم يكن خارجاً عن الإجماع، فوجهه من النظر أن يقال: إنه إجبار

---

(١) في (ب): الصلاح لا ضرر.

(٢) انظر المنتخب: ٣٦٢.

لبعض الشركاء على المعاوضة على ما يملكونه على سبيل الشركة توخياً للصلاح من حيث لا ضرر فيه، فأشبه القسمة، فوجب أن يلزم الحكم به، كما يلزم الحكم بالقسمة؛ ألا ترى أن إزالة الشركة لا ضرر فيها؟ دليله الشفعة، فإنها موضوعه لدفع ضرر المشاركة والمجاورة، والله أعلم.

مسألة: في قسمة الأرض التي بها ثمر

قال: ولا بأس بقسمة الأرض التي فيها ثمر.

[وهو منصوص عليه في (المنتخب) (١)].

هذا جائز؛ لأن تعديل الأنصباء فيه بالتقويم، وكل ما أمكن تعديل الأنصباء فيه بالتقويم، جازت قسمته - اختلفت الأجناس، أو اتفقت - ويدل على ذلك ما أجمعوا عليه من /٢٠٣/ جواز قسمة البناء مع الأرض، والبناء مخالف للأرض أكثر من مخالفة الأجناس، فيجب أن يكون ما ذكرناه جائزاً.

فصل: في قسمة السقوف

نص في (المنتخب) (٢) على أن بيع السقوف مذارعة لا يصح لما فيها من الاختلاف، فاقتضى ذلك ألا يجوز قسمتها مذارعة كما أجازها أبو حنيفة، وأبو يوسف - على الاختلاف بينهما في كيفية القسمة - ويجب أن تكون قسمتها على التقويم كما ذهب إليه محمد؛ وذلك أن التقويم أقرب إلى التسوية والتعديل.

مسألة: في اقتسام الأصول دون الفروع

قال: ولو أن شريكين اشتركا في كرم، أو ما أشبهه، فاقتسما الأصول دون الفروع، كانت القسمة باطلة، لهم أن ينقضوها متى لم يتراضوا بها حتى يقتسموا الفروع مع الأصول.

---

(١) انظر المنتخب: ٣٥٩.

(٢) انظر المنتخب: ١٩١.

[وهو منصوص عليه في (المنتخب)[1]].

ووجهه: أن البيع على هذا لا يصح، فوجب ألا تصح القسمة؛ لأن القسمة بمعنى البيع، على أنه لا التباس في أن قسمة القوائم من الحيوان دون الأعالي لا تصح، كما لا تصح في البيع، وعلى هذا سبيل قسمة الأصول دون الفروع، فوجب ألا يصح.

مسألة: في فرع الشجر يصير في أرض الغير

قال: وإذا اعوجت النخلة، فصار فرعها في غير أرض صاحبها حتى يسقط فيها ثمرها، حكم على صاحب الأرض لصاحب النخلة بتسليم ثمرها إليه، وحكم على صاحب النخلة بقطع ما صار في أرض ذلك من فروع النخلة، أو رفعها عنه إن[2] أمكن.

[وهو منصوص عليه في (المنتخب) [3]].

يقضى على صاحب الأرض بتسليم ما تساقط إليها من ثمر النخيل؛ لأنه يملكه، والمالك أولى بما ملك، ويقضى على صاحب النخلة بقطع ما أشرف على أرضه من فروعها، أو رفعه؛ لأن من ملك أرضاً، كان أولى بهوائها إلى حيث انتهى، ليس لأحد أن يتصرف فيه ببناء ولا غيره، وهذا ما لا خلاف فيه .

مسألة: في بيع ماء الأنهار والعيون وقسمته

قال القاسم – عليه السلام –: ولا بأس ببيع الماء في العيون والأنهار، وقسمته بين الشركاء.

أما قسمة الماء بين الشركاء، فظاهر بين المسلمين لا يتناكرونها، ولا يتدافعونها، فلا وجه لإنكار منكرها، على أن التعديل فيه ممكن بالأجزاء، كما يمكن في ما يكال ويوزن، والعلة أن التسوية والتعديل بالأجزاء فيه ممكن من غير إضرار فيه بأحد

---

(١) انظر المنتخب: ٣٥٩.
(٢) سقط من (ب): إن أمكن.
(٣) انظر المنتخب: ٣٦٠.

الشركاء، فإذا صحت القسمة فيه بما بيناه، وجب أن يصح البيع، لأنا قد بينا أن القسمة تضمن معنى البيع.

فإن قيل: إنه مجهول، فلا يصح بيعه.

قيل له: بل معلوم القدر في ما تمس إليه الحاجة، وما يضبط به مثله؛ لأنه يجوز أن يضبط بالمجرى والأوقات التي يجري فيها، وإن لم تضبط مقادير أجزائه، كما أن المكيل والموزون يضبطان بالكيل والوزن، وإن جهلت مقادير أجزائه، بل مقادير حباته، وكذلك الثياب تضبط بالذرع، والأرضون بالحدود والمساحة، وإن جهلت مقادير أجزائها، فكذلك الماء مضبوط /٢٠٤/ بما بينا، فيجب أن يصح بيعه، ولا يفسد من هذه الجهة.

فإن قيل: فهو في حكم المباح؛ لقوله - صلى الله عليه وآله وسلم -: «الناس شركاء في ثلاثة، في الماء، والنار، والكلأ». وما كان كذلك، لم يجز بيعه.

قيل له: إن النبي - صلى الله عليه وآله وسلم - أثبت فيه الحق للناس في مقدار ما يحتاج إليه للمنفعة، والوضوء، وما جرى مجراهما، دون ما سوى ذلك؛ ألا ترى أن المسلمين قد أجمعوا على أنه لا يجوز لأحد أن يسقي زرعه بماء صاحبه إلا بإذنه، فبان أنه مما يصح تملكه، وأنه قد لا يجري مجرى المباح؟ وإذا صح ذلك، صح بيعه، قياساً على ماء الآبار، والمعنى أنه ماء مملوك.

مسألة: في وقوع بئر أحد الشريكين في نصيب الآخر عند القسمة

قال: وإذا اقتسم الشريكان أرضاً بينهما، فوقعت بئر لأحدهما في نصيب صاحبه، لم يكن لصاحبه منعه من الدخول إليها، فإن كان يضر به، استأنفا قسمة جديدة بينهما، وللبئر حرمتها.

[وهو منصوص عليه في (الأحكام)، و(المنتخب)[١]].

---

(١) انظر الأحكام: ١٩٥/٢، والمنتخب: ٣٦١.

ووجهه: أن الذي يستحقه كل واحد من الشريكين بحق ملكه هو تعديل الأنصباء على وجه ينتفعان به، يبين ذلك أنه لا يقسم ما قسمته ضرر، فإذا وقعت القسمة على وجه يلحق الضرر أحدهما دون الآخر، لم يكن فيها تعديل؛ لأن التعديل هو المساواة في ما استحقاه بالملك، ولا تجوز القسمة على هذا، فإما أن تبطل، وتقسم قسمة جديدة، أو يجعل لصاحب البئر طريقاً إليها شريكُه ليزول الضرر، ولا بد للبئر من الحريم؛ لأن منافعها تتم بالحريم، لما بيناه.

كتاب

الرهون

باب القول في أحكام الرهن وتوابعه

مسألة: في الرهن قبل وجوب الحق

لا يصح الرهن قبل وجوب الحق، نحو أن يرتهن رجل من رجل رهناً على أن يقرضه مالاً، فإن رهنه على ذلك، ثم قبض المال، صح الرهن تخريجاً.

معنى قولنا إن الرهن لا يصح: أن الراهن يأخذه متى شاء، وليس للمرتهن منعه، وأنه إن تلف في يد المرتهن، لم يضمنه؛ وإنما قلنا إنه[1] إذا رهنه قبل وجوب الرهن[2]: إن الرهن لا يصح؛ لأنه إنما يجوز احتباسه للمرتهن لتعلق حقه به، وضمانه لاحتباسه إياه، وإن لم يكن للمرتهن حق يتعلق به، فلا وجه لاحتباسه، ولا لضمانه، إذا لم يكن محتبساً في يده؛ فأما إذا رهنه على أن يعطيه مالاً قرضاً، ثم أقرضه، وجب أن يستقر الرهن؛ لأن عقد الرهن كان قد حصل، و لم يكن استقر، بل كان موقوفاً على الفسخ، أو التقرير، كالبيع الموقوف يكون موقوفاً على الفسخ، أو التقرير، فكذلك ما ذكرناه من الرهن، فإن أخذه الراهن، /٢٠٥/ انفسخ، فإن أقرضه ما شرط له، استقر الرهن، إذ قد حصل السبب المقرر له، وهو القرض.

مسألة: في رهن المشاع، وما لم يقبض

قال: ولا يصح رهن المشاع، ولا رهن ما لم يقبضه المرتهن[3]. وقال في (المنتخب)[4]: يجوز رهن المشاع.

أما كون الرهن مقبوضاً، فهو قول زيد بن علي - عليه السلام - وبه قال أبو حنيفة، وأصحابه، والشافعي، ولا أحفظ فيه خلافاً بين العلماء، إلا شيئاً يحكى عن

---

(١) في (أ) سقطت: إنه.

(٢) الحق في هامش (ب).

(٣) انظر الأحكام: ١٤١/٢.

(٤) انظر المنتخب: ٢٦٦.

أبي ثور[١] مذكور في (تعليق ابن أبي هريرة) أنه قال: إن الرهن يصح بمجرد العقد.

والدليل على ذلك: قول الله تعالى: ﴿فَرِهَانٌ مَّقْبُوضَةٌ﴾(البقرة: ٢٨٣)، ونحن لم نعرف حكم الرهن إلا من الآية، والآية وردت بذكر قبض الرهن، فلم يثبت الرهن إلا مقبوضاً، وهذا يُبطل قول من يقول إن الآية وردت على سبيل النكرة، فدل على جواز رهن غير مقبوض، إذ قد بينا أن حكم الرهن مأخوذ من الآية، ولم يرد إلا موصوفاً بالقبض، على أن المحكي عن من أجازه غير مقبوض، أن الراهن لو مات، لم يلزم الورثة تسليمه إلى المرتهن، وتخصيصه بالثمن دون سائر الغرماء، وهذا إزالة معنى الرهن، فلم يكن معنى الرهن غير مقبوض.

فأما رهن المشاع، فقد اختلف فيه، فذهب أبو حنيفة وأصحابه إلى أنه لا يجوز، وهو رواية (الأحكام) [٢]، وهو الصحيح. وذهب الشافعي إلى جوازه، وهو رواية (المنتخب)، وهو قول الناصر.

ووجه قولنا إنه لا يجوز رهن المشاع: أنا قد بينا أنه لا بد من أن يكون مقبوضاً، وأن[٣] القبض متى لم يكن، زال الرهن؛ لأن معناه الاحتباس للوثيقة، ورهن المشاع يوجب استحقاق القبض بالمهاياة، وهذا يمنع دوام القبض.

فإن قيل: أليس السلعة تكون في يد البائع على سبيل الوثيقة إلى أن يستوفي الثمن، ومع ذلك يصح في المشاع، فما أنكرتم مثله في الرهن؟

قيل له: التوثقة في السلعة ألا[٤] يقع التسليم للمشتري، وذلك مستدام، والوثيقة في الرهن أن يقبضه، فيجب أن يكون القبض مستداماً، ويمكن أن يجعل هذا ابتداءً دليل في المسألة.

فإن قيل: قد يصح عندكم بقاء الرهن مع خروجه عن يد المرتهن، وهو إذا استعاره الراهن، فما أنكرتم مثله في رهن المشاع؟

---

(١) في (أ): يوسف، ونبه على ما أثبتنا في الهامش.
(٢) انظر: الأحكام: ١٤١/٢.
(٣) في (أ): فإن.
(٤) في (أ): لا يقع.

قيل له: يد العارية غير مستحقة على المعير المرتهن، فلم يشبه ذلك رهن المشاع؛ لأن يد شريكه تستحقه ، فلم يسلم له القبض، ومع الإعادة يكون القبض تسليماً إذا لم يكن ما يوجب زواله، ولم ينطوِ العقد عليه كما انطوى عليه عقد رهن المشاع.

فإن قيل: فقد نهى النبي - صلى الله عليه وآله وسلم - عن بيع ما لم يقبض، ومع هذا يصح بيع المشاع، فبان أن قبض المشاع متأت.

/٢٠٦/ قيل له: لسنا نمنع من تأتي القبض في المشاع، وإنما نمنع استدامة القبض في المشاع، والنبي - صلى الله عليه وآله وسلم - نهى عن بيع ما لم يقبض، [فـ]اقتضى النهي عن بيع ما لم يحصل فيه القبض، فإذا حصل القبض، خرج من عهدة الخبر؛ لأنه - صلى الله عليه وآله وسلم - لم يجعل القبض صفة للمبيع، وليس كذلك الرهن؛ لأن الله تعالى جعل كونه مقبوضاً صفة له، فمتى خرج عن القبض، خرج عن كونه رهناً.

ووجه ما ذكره في (المنتخب): هو ما أوردناه على سبيل الأسئلة، والصحيح ما تقدم.

مسألة: في إعارة الرهن إلى الراهن

قال: وإذا أعار المرتهن الرهن[1] إلى الراهن، خرج عن ضمانه، ولم ينفسخ الرهن.

[وهو منصوص عليه في (الأحكام)[2]].

أجمع ذلك قول أبي حنيفة وأصحابه[3].

خروج الرهن عن ضمانه؛ لأنه[4] لا وجه لأن يضمن شيئاً هو في يد صاحبه ما لم ترجع يده عليه؛ ألا ترى أن الغصب إذا حصل في يد المغصوب منه، وتلف، لم يضمنه الغاصب ما لم يعد في يده ثانياً؟ وكذلك الرهن.

---

(١) سقط: الرهن من (أ).
(٢) انظر: الأحكام ٢/١٤١.
(٣) كذا في النسخ وشكل عليها، ولعله: وهو قول أبي حنيفة وأصحابه.
(٤) في (أ): ولأنه ، وشكل عليها في (ب).

وأما بقاء الرهن على ما كان عليه، فهو ظاهر على القول الذي قال: إنه يجوز رهن المشاع؛ (لأن صحة الرهن على هذا القول يتعلق بحصول القبض دون دوامه؛ وأما على القول الذي يقول إنه لا يجوز رهن المشاع)[1] فوجهه أن يد الراهن غير مستحقة كما تكون في المشاع، بل حكم يد المستعير حكم يد المعير؛ لأنه يمسكه بيده، وينفذ رفع يده متى شاء.

مسألة: في مطالبة المديون بالرهن فيتبرع به آخر

قال: ولو أن رجلاً كان له على رجل دين، فطالبه بالرهن، فتبرع آخر، ودفع الرهن إلى صاحب الحق، كان الرهن فاسداً، وإن ضمن عنه المال، ثم دفع إليه الرهن، كان صحيحاً .

[وهو منصوص عليه في (المنتخب) [2]].

وذلك أن التبرع بالرهن من غير أن يكون على الراهن حق يمنع صحة الرهن على ما بيناه في صدر الكتاب، فإن قال: ارهنه عن فلان - يعني المطالب[3] بالدين - فيجب أن يصح؛ لأنه إذ ذاك يكون بمنزلة من أعاره حتى رهنه؛ فأما إذا ضمن المال، ثم دفع الرهن، فهو صحيح لا إشكال فيه؛ لأن الحق قد وجب بالضمان، والرهن بذله على حق لزمه.

مسألة: في كفالة الضمين بوجهه

قال: ولو تكفل بوجهه، ثم أعطاه الرهن، كان فاسداً .

[وهو منصوص عليه في (المنتخب) [4]].

وذلك أنه لا يلزمه لكفالة الوجه مال، فلا يصح الرهن؛ لأن الرهن يصح على

---

(١) ما بين القوسين سقط من (أ).

(٢) انظر المنتخب: ٢٥٨.

(٣) في (أ): عن المطالب.

(٤) انظر: المنتخب ٢٥٨.

المال؛ لأن الله تعالى أمر بالرهن على الدين، لأنه قال: ﴿فَرِهَانٌ مَّقْبُوضَةٌ﴾ عقيب ﴿إِذَا تَدَايَنتُم بِدَيْنٍ﴾(البقرة: ٢٨٢)، وأيضاً لو مات المكفول به، لم يلزم الكفيل شيء، فيخرج الرهن عن أن يكون له معنى، والذي يجيء على مذهبه ألا يصح الرهن في كل ما جرى مجراه من الوديعة، ومال المضاربة، والرقبة المستأجرة، وما أشبه ذلك ؛ للوجه الذي قدمناه، وبه قال أبو حنيفة، حكاه أبو بكر الكرخي، وقد بينا[١] في صدر هذا الكتاب معنى قوله: لا يصح الرهن، فلا معنى لإعادته.

مسألة: في إعطاء الرهن قبل وجوب الحق

قال: ولو أن رجلاً قال لآخر: إن لم يعطك فلان حقك عند رأس الشهر، فهو عليَّ، وأعطاه الرهن، لم يصح الرهن إلا بعد رأس الشهر /٢٠٧/ وحين وجوب الحق عليه.

[وهو منصوص عليه في (المنتخب)[٢]].

وهذا قد مضى وجهه، وهو أن الرهن يصح بعد وجوب الحق، والحق لم يثبت على الراهن إلا عند رأس الشهر، فلا يكون الرهن صحيحاً، ويصح بعد رأس الشهر، وإن كان العقد[٣] متقدماً؛ لأنه يستحق الرهن بحصول وجوب الحق على ما بيناه.

مسألة: في تصرف المرتهن في الرهن

قال: المرتهن لا يملك شيئاً من[٤] الرهن إلا لزومه بحقه، وليس[٥] له أن يبيعه، ولا أن يرهنه، ولا أن يعيره، ولا أن يؤجره[٦]، ولا أن يزرعه إن كان أرضاً، ولا أن يركبه إن كان مركوباً، إلا بإذن صاحبه.

---

(١) في (أ): بينا صدر.
(٢) انظر: المنتخب ٢٥٩.
(٣) في (أ): الرهن.
(٤) في (ب): من الرهن شيئاً.
(٥) في (ب): ليس.
(٦) في (ب): يؤاجر.

[وهو منصوص عليه في (الأحكام) و(المنتخب) [(١)]].

وهذا ما لا خلاف فيه؛ لأن الرهن في يد المرتهن[(٢)] للوثيقة فقط دون ما سواها، فليس له أن يتصرف فيه غير الحفظ والاحتباس له.

مسألة: في نفقة الرهن

قال: وإن كان الرهن حيواناً، كان علفه وأجرة من يقوم عليه، ويرعاه، ويحلبه إن كان له لبن، كل ذلك من مال الراهن، وإن كان زرعاً، أو ثمراً، كانت أجرة من يحصده، ويجذه، ويسقيه من مال الراهن، وكذلك إن كان مملوكاً كانت نفقته من مال الراهن.

[وهو منصوص عليه في (الأحكام) [(٣)]].

وذلك لقوله - صلى الله عليه وآله وسلم -: «لا يغلق الرهن، لصاحبه غنمه، وعليه غرمه»[(٤)]. فاقتضى عموم قوله: «وعليه غرمه». أن تكون جميع هذه المؤن عليه؛ لأنها الغرم، كما أن جميع تلك الزيادات[(٥)] له؛ لأنها[(٦)] الغنم، وأيضاً الرهن من مال الراهن، فيجب أن تكون نفقته عليه، وإن كان في يد المرتهن، كالعبد المستأجَر، والجمل المستأجر، وهذا مما لا أعرف فيه خلافاً، وليس يشبه هذا العبد المبيع يكون في يد البائع لاستيفاء الثمن؛ لأن ملك المشتري لم يتم بعد.

قال: وإن كان الراهن غائباً، والتزم ذلك كله المرتهن، ضمنه له الراهن .

[وهو منصوص عليه في (المنتخب) [(٧)]].

---

(١) انظر: الأحكام ٢/ ١٤٠ ، ١٤١، والمنتخب ٢٥٢ - ٢٦٤ ، ٢٦٥.
(٢) في (ب): الرهن، وظنن على ما أثبتناه.
(٣) انظر: الأحكام ٢/ ١٤٠ -١٤٢.
(٤) أخرجه ابن حبان ١٣/ ٢٥٨، والحاكم ٢/٥٨، والدارقطني ٣/٣٢، وابن ماجة ٢/٨١٦ عن أبي هريرة.
(٥) في (ب): الزيادة.
(٦) في (أ) سقطت: لأنها.
(٧) انظر: المنتخب ٢٦٦.

وذلك أن للمرتهن على الرهن ولاية الحفظ والإصلاح، فأشبه ما ينفقه عليه نفقة الولي على من يلي عليه في أنه يرجع في ماله؛ لأنه أنفق بحق الولاية، فكذلك المرتهن.

قال أبوحنيفة: إن كان أنفق بإذن القاضي، رجع على الراهن، وإلا لم يرجع.

مسألة: في موت الراهن مديناً أو إفلاسه

قال: وإن مات الراهن وعليه دين، أو أفلس، كان المرتهن أولى بالرهن، وإن كان فيه فضل، رده إلى[1] الغرماء؛ وإن كان له فضل على الرهن ، كان في الفضل أسوة الغرماء.

[وهو منصوص عليه في (الأحكام) و(المنتخب) [2].

قلنا ذلك]؛ لأن حقه قد تعلق بالرهن، فصار أولى ،كالمحتال لما تعلق حقه بما على المحال عليه، صار أولى به من سائر غرماء المحيل؛ على أنه مما لا أحفظ فيه خلافاً عن العلماء، ولأن ذلك لو لم يكن كذلك، لم يكن للرهن فائدة، وخرج من أن يكون وثيقة للمرتهن.

مسألة: في غلة الرهن ونتاجه

قال: ولو أن مرتهناً ارتهن نخلاً، أو شجرة من شجر الفواكه، أو أمة مملوكة، أو ناقة، أو غيرها من الحيوان، فأغلت النخلة، أو الشجرة، أو ولدت المملوكة، أو أنتجت الناقة، كانت الغلة والولد واللبن رهناً مع الأصل، ولم يجز /٢٠٨/ للراهن أن يأخذ شيئاً منه حتى يؤدي جميع ما عليه.

[وهو منصوص عليه في (الأحكام) و(المنتخب) [3]].

قلنا: إن حق المرتهن سرى إلى الولد والنماء؛ لأنه حق ثابت في الرقبة، كالكتابة، والتدبير، والاستيلاد؛ ألا ترى أن جميع ذلك لما كان حقاً ثابتاً في الرقبة، سرى إلى

---

(١) في (ب): على.

(٢) انظر: الأحكام ٢/١٤١، والمنتخب ٢٧٠ - ٢٧٢.

(٣) انظر: الأحكام ٢/١٤١، والمنتخب ٢٦٠.

الأولاد؟ وكذلك حق المرتهن؛ ويبين أن حق المرتهن ثابت في الرقبة، أنه يستوفي حقه من قيمتها إن تلفت، أو ثمنها إن بيعت، ويكون أحق بها من سائر الغرماء.

فإن قيل: يلزمكم ذلك في الجناية.

قيل له: حق الجناية[1] ليس بثابت في الرقبة، فلذلك لم يسرِ في الولد كما وجب أن يسري حق الرهن إلى الولد والنماء الحادث، وليس يلزم على ذلك أيضاً حق الإجارة؛ لأنه غير مستقر في الرقبة، وإنما هو مستقر في المنافع، وكذلك الموصى بخدمته حقه ثابت في المنافع، وأيضاً لما كان الرهن محبوساً لاستيفاء الحق المتعلق به على وجه الوثيقة، وجب أن يثبت حق الحبس في الأولاد والنماء.

فإن قيل: السِرَايَةُ إلى الأولاد تكون في العقود التي تقتضي انتقال الملك، كالبيع[2]، والهبة، والرهن لا يوجب انتقال الملك.

قيل له: عقد المضاربة لا يوجب انتقال الملك، ومع هذا ولد مال المضاربة يكون من مال المضاربة، ويقاس على الزيادة المتصلة، بعلة أنها نماء حادث من الرهن.

فإن قيل: الزيادة المتصلة لا يمكن إزالتها، فلذلك كانت رهناً.

قيل له: كان يجب أن يكون الرهن بمنزلة المشاع، وكان يجب أن تكون الزيادة في حكم ما ليس برهن على أوضاعكم، فلما لم يكن ذلك، علم أن العلة ما ذكرنا.

فإن قيل: قد ثبت في الأولاد والنماء حق الملك، وحق الوثيقة، فليس لأحد أن يجعله تابعاً للوثيقة إلا وللآخر أن يجعله تابعاً للملك، بل جعله تابعاً[3] للملك أولى؛ لأن الملك أوكد من الوثيقة.

قيل له: الملك والوثيقة لا يتنافيان، وليس يمنع إذا جعل تابعاً لأحدهما أن يجعل تابعاً للآخر، فالأولى أن يجعل تابعاً لهما جميعاً كما قلنا به؛ ألا ترى أن المدبرة لما كانت

---

(١) سقط من (ب) حق الجناية.

(٢) في (أ): كالهبة والرهن لا.

(٣) سقط من (أ): تابعاً.

ملكاً ومدبرة، صار الولد تابعاً لها في الملك والتدبير جميعاً؟ فكذلك الرهن. وإذا ثبت بما بيناه أن هذه الحوادث رهن مع الأصول، لم يجز للراهن أخذ شيء منها، لا من الأصول، ولا من الفروع، حتى يوفي جميع ما عليه مما تعلق بالرهن.

مسألة: في خوف تلف ثمرة الرهن

قال: وإن خشي المرتهن فساد الثمرة، أو اللبن، وكان الراهن غائباً، كان له أن يبيعه للراهن.

[وهو منصوص عليه في (الأحكام)[١]].

ووجهه : ما قدمناه من أن للمرتهن عليه[٢] ضرباً من الولاية في الحفظ والصلاح، فجاز، كما يجوز /٢٠٩/ لرفقة الميت في السفر أن يبيعوا عليه ما يخشون فساده من مال الميت لما لهم من التعلق والاختصاص في معنى الرفقة، فصح أن[٣] ما ذكرناه أولى؛ لأن حال الراهن أوكد من حال الرفقاء.

مسألة: في الزيادة في الدين والرهن

قال: ولو أن رجلاً رهن رجلاً جارية تساوي ألفاً على خمسمائة، ثم قال للمرتهن: زدني مائة أخرى لتكون رهناً على ستمائة، فأعطاه على[٤] ذلك، ورضي به، كانت الأمة رهناً على ستمائة. ولو أنه رهنه عبداً يساوي ألفاً على ستمائة، ثم أعطاه عبداً أخر يساوي ألفاً على أنه زيادة في الرهن، فقبضه المرتهن على ذلك، كان العبد الثاني رهناً مع العبد الأول على ستمائة .

[وهو منصوص عليه في (المنتخب) [٥]].

---

(١) انظر: الأحكام ١٤٢/٢.

(٢) في (ب): عليها.

(٣) في (أ): فصح ما.

(٤) في (ب): فأعطاه ذلك.

(٥) انظر: المنتخب ٢٥٦ ، ٢٦٢.

وتجوز الزيادة في الرهن عند الشافعي، والزيادة في الدين على قولين، وهي جائزة عند أبي حنيفة، وأبي يوسف، ومحمد. ولا تجوز الزيادة في الدين في قول أبي حنيفة، ومحمد. وقال أبو يوسف مثل قولنا: إن الزيادة في الرهن والدين جميعاً جائزة[١].

والوجه في زيادة الرهن: أن الزيادة تلحق العقد حتى تصير كأنها كانت موجودة فيه ابتداء، كما أن من اشترى عبداً بألف، ثم زاده البائع عبداً آخر، دخل في العقد بحصة الألف من الثمن، ولا يجوز اعتبار الزيادة على حيالها كأنها رهن مبتدأ، كما لا يجوز ذلك في البيع؛ لأن عقد البيع لا يجوز بالحصة[٢]، وما بيناه يُبطل قول من قال: إن الضمان[٣] إذا ثبت في الرهن الأول، لم يجز أن يرتفع عنه، ويتعلق بالرهن الثاني؛ لأنا قد بينا أنه لا يعتبر حال الرهن الثاني على حالة كأنه ابتداء، وأوضحناه بالبيع؛ وإذا ثبت ذلك في زيادة الرهن، ثبت ما ذهبنا إليه في (الرهن الثاني على)[٤] زيادة الدين؛ لأن الدين - أعني الزائد منه - لا يجب أن يعتبر حاله على حياله، وإنما يلحق العقد الأول حتى يصير كأنه كان فيه؛ ألا ترى أن الثمن تلحقه الزيادة حتى تصير الزيادة كأنها كانت في أصل العقد؟ فكذلك زيادة الدين تلحق عقد الرهن[٥] حتى تكون الزيادة كأنها في أصل العقد.

قال: فإن كان المرتهن قبض العبد الثاني لا على أنه رهن، كان الأول رهناً على ستمائة دون الثاني[٦]، وذلك أنه بنفس القبض لا يصير رهناً، وإنما يصير رهناً بأن يلحقاه بالعقد الأول - أعني عقد الرهن - ويتراضيا بذلك، فأما إذا لم يكن، فمجرد القبض لا يجعله[٧] رهناً.

---

(١) سقط من (أ) و (ب): جائزة.

(٢) سقط من (أ): بالحصة.

(٣) سقط من (أ): الضمان.

(٤) سقط من (أ) ما بين القوسين.

(٥) في (ب): عقد الرهن حتى تكون كلها في أصل.

(٦) انظر: المنتخب ٢٦٢.

(٧) سقط من (أ) لا يجعله.

مسألة: في الرهن على العارية

قال: ولو أن رجلاً استعار من رجل ثوباً، ورهنه عليه خاتماً، كان الرهن صحيحاً، وكان أخذ المرتهن للرهن تضميناً للعارية، ولا فصل بين أن يكون الراهن تبرع بالرهن، أو طلبه المرتهن .

[وهو منصوص عليه في (المنتخب) [١]].

الأصل في هذا أنا نحمل عقود المسلمين على الصحة ما /٢١٠/ أمكن، ونصرفها إلى وجوه تصح معها، كما يجوز بيع المخيض بزبد يعلم أنه أكثر من الزبد (الذي فيه، بأن يجعل ما فيه يقابل من الزبد)[٢] بذلك الزبد، ويجعل الزائد ثمناً للَّبن؛ وكذلك جوزنا أن يبيع ثوباً بدينار إلا مكوك طعام، وحملناه على أنه باع ثوباً ومكوك طعام بدينار؛ ليصح العقد، فإذا ثبت ذلك، وثبت عندنا أن العارية تكون غير مضمونة إذا أطلقت، ومضمونة إذا اشترط ضمانها، وثبت أن الرهن لا يصح إلا بحق واجب، وعقد الرهن بينهما، فلم يمكن[٣] تصحيحه إلا بأن تجعل العارية مضمونة، ويجعل تراضيهما للعارية بالرهن تضميناً.

فإن قيل: هب أن ما ذكرتم قد صح، فَلِم[٤] صححتم الرهن على حق لم يجب؛ لأن العارية ما دامت قائمة بعينها، فليس على المستعير قيمتها؟

قيل له: قد حصل سبب الوجوب، وهو العارية المضمونة، فجرى مجرى الوجوب.

فإن قيل: فهلاَّ جوزتم أخذ الرهن على ضمان الدرك؟

قيل له: لأن ضمان الدرك أمر لا يعرف له غاية؛ لأنه لا يدري هل يكون، أم لا، ومتى يكون، فلو جوزنا أخذ الرهن على ذلك، كنا قد أتلفنا الرهن؛ لأن افتكاكه

---

(١) انظر: المنتخب ٢٧٠.

(٢) ما بين القوسين سقط من (ب)، ونبه عليه في الهامش.

(٣) في (أ): يكن.

(٤) في (أ): لم.

كان لا يصح أبداً، وهذا خلاف قوله - صلى الله عليه وآله وسلم -: «الرهن لا يغلق». وليس كذلك في العارية؛ لأن المستعير متى أراد افتكاك رهنه، رد العارية، فإن تلفت العارية، أعطى قيمتها، وافتك رهنه، فبان أن هذا خلاف ضمان الدرك.

وقلنا: لا فصل بين أن يتبرع بالرهن، وبين أن يطلب المعير؛ لأنهما إذا تراضيا به، وتعاقدا عليه، كان الأمر واحداً ، و[كان كـــ]جواز أخذ الرهن على الأعيان المضمونة بالقيمة نحو الغصب، والرهن، والمختلع عليه، وبه قال أبو حنيفة.

مسألة: في أذن المرتهن للراهن ببيع الرهن

قال: وإذا[١] أذن المرتهن للراهن في بيع رهنه، كان ذلك فسخاً للرهن، فإن تلف قبل البيع[٢]، لم يضمنه المرتهن.

[وهو منصوص عليه في (المنتخب) [٣]].

اعلم[٤] أن هذا الإذن يكون على وجهين:

قد يكون له أن يبيعه، ويتصرف في ثمنه كيف شاء.

وقد يأذن له أن يبيعه، ويجعل ثمنه رهناً بدلاً من العين، أو يوفي حقه من ثمنه.

فإن كان على الوجه الأول، فهو الذي أراد في المسألة، فيجب أن يكون الرهن منفسخاً، ويسقط ضمانه على[٥] المرتهن، وذلك أنهما قد تراضيا بألا يتعلق حق المرتهن بالرهن، وليس الفسخ له أكثر من ذلك، وإن[٦] كان على الوجه الثاني، فهو رهن بحاله إلى أن يقع البيع.

---

(١) في (أ): وإن.
(٢) في (أ): المبيع.
(٣) انظر: المنتخب ٢٦٤.
(٤) في (أ): واعلم.
(٥) في (أ): عن.
(٦) في (أ): فإن.

مسألة: في رهن الأرض المزروعة

قال: وإن رهن أرضاً فيها زرع بينه وبين /٢١١/ الزارع، فأدخل الزرع[1] مع الرهن، كان ذلك فاسداً.

[وهو منصوص عليه في (المنتخب)[2]].

وهذا على إبطال رهن المشاع ، وأن[3] الرهن فيه يكون مشاعاً بين صاحب الأرض والزارع[4]، وهو الصحيح الذي نقول به.

قال: وإن رهن الأرض وحدها، كان ما يحصد له من الزرع رهناً مع الأصل.

[وهو منصوص عليه في (المنتخب)[5]].

وهذا يجب أن يكون المراد به إذا كان الزرع كله لصاحب الأرض، فرهن الأرض، ولم يذكر الزرع، فيدخل الزرع في الرهن كما يدخل سائر النماء على ما تقدم القول فيه .

فإن قيل: فإذا لم يدخل الزرع في البيع، فكيف يدخل في الرهن؟

قيل له: لأن بيع الأرض يصح دون الزرع، ولا يصح رهنها دون الزرع، فحملنا عقد الرهن على الصحة، وأوجبنا[6] الرهن فيه؛ لأنا نحمل عقود المسلمين على الصحة كما بيناه، والأولى أن يحمل هذا على أنه رهن الأرض ولا زرع بها، ثم زرع.

مسألة: في الأرض المرهونة يغلب عليها العدو

قال: ولو أنه رهن رجلاً أرضاً فغلب عليها العدو، وأخرجوا أهل البلد من البلد،

---

(١) في (أ): والزراع.
(٢) انظر: المنتخب ٢٧٢.
(٣) في (أ): لأن.
(٤) في (أ): والزراع.
(٥) انظر: المنتخب ٢٧٢.
(٦) في (أ): وأدخلنا.

فلم يقدر الراهن ولا المرتهن على الأرض، بطل الرهن، (وكان مال المرتهن على الراهن)[١].

قلنا: إن المرتهن لا يضمنها)[٢] ويكون حقه على الراهن؛ لأن الأرض المرهونة لم تتلف، ولم تُستهلك، وإنما حيل بينه وبينها، مع أنها قائمة بعينها، فلا معنى لتضمينها المرتهن وهي قائمة بعينها لم تستهلك، ولم تتو[٣]، وإذا لم يضمنها المرتهن، لم يتو حقه الذي كان على الراهن.

وقلنا: إنه قد بطل الرهن؛ لأن من شرط الرهن أن يستمر فيه القبض على ما تقدم القول فيه، ولهذا أبطلنا رهن المشاع، فلما حيل بينه وبينها، صارت خارجة عن قبضه، فخرجت عن أن تكون رهناً، وقد نص في (الفنون) [٤] على أن الرهن لو كان مما ينقل ، فغلب عليه العدو، أن المرتهن يضمنه، فدل ذلك من مذهبه على أنه لا يوجب ضمان الرهن بالمغصوب، كما كان يذهب إليه أبو حنيفة.

مسألة: في رهن أم الولد

قال: ولو أن رجلاً رهن رجلاً جارية فولدت، وأقر سيدها بالولد، انفسخ الرهن، فكل ما لم يجز بيعه، لم يجز رهنه.

[وهو منصوص عليه في (المنتخب) [٥]].

لا خلاف بين المسلمين أن ما لا يجوز بيعه لا يجوز رهنه، لأنه لا يجوز تعلق الحق برقبته، ومن حكم الرهن أن يتعلق الحق برقبته، فإذا كان ذلك كذلك، لم يصح رهن أم الولد؛ وإذا أقر بعد دفعها إليه أنها أم ولد، صح إقراره، لأنه أقرَّ بها وهي في ملكه، فبطل الرهن، لا على أنه كان رهناً، ثم انفسخ، ولكن على معنى أنه انكشف أنه لم

---

(١) انظر: المنتخب ٢٧٢ - ٢٧٣.
(٢) ما بين القوسين سقط من (أ) .
(٣) التواء: الهلاك والتلف.
(٤) انظر الفنون ٤٥٥.
(٥) انظر: المنتخب ٢٥٥.

يكن رهناً يوم عقد، والذي يقتضيه مذهب يحيى أن الراهن إن[1] كان موسراً، كان عليه أن يؤدي إلى المرتهن دينه[2]، أو يجعل قيمته رهناً بدلاً منها؛ فإن كان معسراً، سعت في قيمتها للمرتهن، و لم ترجع به على سيدها، فإن جعلت قيمتها رهناً بدلها، سعى[3] الولد أيضاً بقيمته، ورجع بها على المقر به، وإن جعلت قيمتها قضاء للدين، سعى الولد بالأقل من قيمته[4].

مسألة: في اشتراط المرتهن والراهن عدم الضمان

قال: ولو أن المرتهن اشترط على الراهن أنه لا يضمن الرهن إن تلف، أو لا يضمن بعضه، كان الشرط باطلاً، وكذلك إن اشترط الراهن على المرتهن أنه لا يضمن للمرتهن ماله من الفضل عن الرهن إن تلف، كان الشرط باطلاً .

[وهو منصوص عليه في (المنتخب) [5]].

اعلم أن عقد الرهن اقتضى الضمانين على ما سنبينه بعد، فإذا شرط إسقاطهما، وعقد الرهن قد اقتضاهما، بطل الشرط، كالمضارب لو اشترط الضمان، بطل شرطه؛ لأن عقد المضاربة اقتضى ألا ضمان، وكذلك المودع لو اشترط ضمان الوديعة، بطل شرطه، لأن عقد الإيداع اقتضى ألا ضمان، على أنه لا خلاف فيما ذكرنا عند من رأى تضمين الرهن.

---

(١) في (ب): إذا.
(٢) سقط من (أ) و (ب): دينه، ونبه عليها في هامش (ب).
(٣) في (أ): وسعى.
(٤) في (ب): قيمتها.
(٥) انظر: المنتخب ٢٦٧.

باب القول في تلف الرهن وانتقاصه وانتفاع المرتهن به

مسألة: في ضمان الرهن

كل رهن كان فاسداً في الأصل، فتلف، أو تلف بعضه[١]، كان ذلك من مال الراهن، وكل رهن كان صحيحاً، فتلف، أو تلف بعضه، ضمنه المرتهن، والمرتهن والراهن يترادان الفضل .

[وهو منصوص عليه في (الأحكام) و(المنتخب) [٢]].

لا خلاف أن الرهن الفاسد لا يُضمن؛ لأن الحق لا يتعلق به، فيكون بمنزلة الوديعة.

وأما الرهن الصحيح، فقد اختلف فيه، ومذهبنا ما ذكرناه.

وقال أبو حنيفة وأصحابه: إن مقدار الدين منه مضمون، فإن نقص عن الدين، رجع المرتهن على الراهن بما نقص، وإن زاد، بطل، وكان المرتهن فيه أميناً. وقال الشافعي: هو أمانة، وبه قال الناصر.

وقد أجمع الصحابة على أن الرهن مضمون، فروي عن علي - عليه السلام -: أن الراهن والمرتهن يترادان الفضل[٣]. وروي عنه - عليه السلام - مثل قول أبي حنيفة وأصحابه[٤].

وعن شريح: الرهن بما فيه، ولو خاتم من حديد، فحصل منهم الإجماع على الضمان، وإنما اختلفوا في كيفية الضمان، والقول إنه غير مضمون خروج عن إجماعهم؛ على أن قول علي - عليه السلام - عندنا حجة، وقد ثبت عنه التضمين،

---

(١) في (ب): أو تلف بعضه لم يضمنه المرتهن.

(٢) انظر: الأحكام ١٤٢/٢، والمنتخب ٢٥٣ ، ٢٥٨ ، ٢٥٥.

(٣) أخرجه البيهقي ٤٣/٦، وابن أبي شيبة ٥٢٥/٤ ، عن الحكم عنه - عليه السلام -.

(٤) أخرجه البيهقي ٤٣/٦ عن خلاس عنه، وابن أبي شيبة ٥٢٥/٤ عن محمد بن الحنفية عنه.

وإنما اختلفت الرواية في كيفية الضَّمان[١].

ويدل على ذلك قول الله تعالى: ﴿فَرِهَانٌ مَّقْبُوضَةٌ فَإِنْ أَمِنَ بَعْضُكُم بَعْضاً فَلْيُؤَدِّ الَّذِي اؤْتُمِنَ أَمَانَتَهُ﴾(البقرة: ٢٨٣)، ففصل بين الرهن والأمانة، فعلم أن الرهن ليس بأمانة، وإذا لم يكن أمانة، كان مضموناً.

وروي أن رجلاً رهن رجلاً فرساً على عهد رسول الله – صلى الله عليه وآله وسلم – فنفق عنده[٢]، فأخبر رسول الله – صلى الله عليه وآله وسلم – بذلك فقال للمرتهن: «ذهب حقك»[٣]. دل على أن الرهن مضمون.

فإن قيل: يحتمل أن يكون – صلى الله عليه وآله وسلم – أراد بقوله: «ذهب حقك». من الرهن، والوثيقة، فلا يكون لك مطالبة برهن آخر.

قيل له: هذا بعيد؛ لأنه لم يكن /٢١٣/ له مطالبة برهن آخر مع وجود الرهن، فلو كان المراد ما قلت، لقال: لا يعود حقك، ولم يقل: ذهب حقك، فإن الحق الذي أشرت إليه كان ذاهباً مع وجود الرهن.

وكذلك إن قيل: لعل الرجل كان معسراً لم يكن يملك شيئاً غير الرهن، فلما تلف، قال: «ذهب حقك». أي لا تصل إليه.

قيل له: وهذا أيضاً مجاز، لأن حقه ثابت عنده، وإنما منع الإعسار من الاستيفاء، فلما كان الأمر في هذين السؤالين على ما بيناه، ثبت أن الصحيح ما ذهبنا إليه من ذهاب حقه من الدين، إذ هو الحقيقة، وخطابه – صلى الله عليه وآله وسلم – محمول على الحقيقة دون المجاز، فصح ما ذهبنا إليه؛ ويدل على ذلك أيضاً قوله: «لا يغلق الرهن، لصاحبه غنمه، وعليه غرمه». والغلق الهلاك عند أهل اللغة. قال كُثير:

غمر الرداء إذا تبسم ضاحكاً غلقت لضحكته رقاب المال

---

(١) في (أ): التضمين.

(٢) في (أ): عنه.

(٣) أخرجه الطحاوي ٤/٢٠٠، وابن أبي شيبة ٤/٥٢٤، والبيهقي ٦/٤١ عن عطاء بن أبي رباح.

أي هلكت، فأخبر - صلى الله عليه وآله وسلم - أنها لا تهلك؛ ولا يخلو المراد من أن يكون لا تهلك عيناً، أو حكماً، ومعلوم أنه لم يرد به أن عينه لا تهلك، فيجب أن يكون المراد به لا تهلك حكماً، ولا وجه لذلك غير ضمان قيمته.

فإن قيل: إنه - صلى الله عليه وآله وسلم - أراد إبطال حكمٍ كان في الجاهلية، وهو أن الراهن كان يقول: إن لم أوفك حقك إلى يوم كذا، فالرهن لك.

قيل له: وهذا التأويل تابع تأويلنا، فنقول بهما جميعاً.

فإن قيل: فقد قال - صلى الله عليه وآله وسلم -: «له غُنْمه[١] ، وعليه غرمه».

قيل له: كذلك نقول: إن[٢] النماء والفوائد تكون له ملكاً، وإن كان رهناً، وما يغرم عليه من المؤن يكون من مال الراهن؛ ونقول أيضاً: إنه إن نقص الرهن عن الدين، كان غرمه على الراهن، أي عليه أن يجبر النقصان عن الدين بالإيفاء، فإن كان زائداً على الدين، رجع به على المرتهن، فيكون غُنْمه له، وغرمه عليه، وهذا أحد ما نستدل به على أنهما يترادان الفضل، ونقول: إن الغُنْم (مأخوذ من الغنيمة، فما زاد من الرهن على الدين، فهو غُنْم)[٣] للراهن.

فإن قيل: روي أنه قال: «الرهن من الراهن». ولا[٤] يجوز أن يكون المراد به أنه ملك له؛ لأنه مستفاد بالإجماع، فيجب أن يكون المراد تلفه من الراهن أي من عنده.

قيل له: ما يستفاد بالإجماع يجوز أن يكون مستفاداً من الخبر، فيكون الإجماع صادراً عن الخبر، فبطل تعلقهم به.

ويدل على ذلك أن المبيع لما كان محتبساً (بالثمن[٥]، كان الرهن محتبساً)[٦] بالدين؛

---

(١) سقط من (ب) له غنمه.
(٢) في (ب): إن فوائده له ملكاً وإن كان رهناً.
(٣) ما بين القوسين بياض في (أ).
(٤) في (ب): فلا.
(٥) في (ب): بالدين، وظنن على الثمن.
(٦) سقط من (أ) ما بين القوسين.

والعلة أن كل واحد منهما محتبس بمال الحابس متعلق برقبته، ولا يلزم المستأجر عليه؛ لأنه /٢١٤/ ليس بمحتبس بمال.

فإن قيل: المبيع مضمون بالثمن، والرهن عندكم مضمون بالقيمة، فلا يصح القياس.

قيل له: نحن إنما عللنا للضمان فقط، فأما كيفية الضمان، فهو كلام آخر، وأيضاً احتباس الرهن لما[١] لم يصح إلا بمضمون كالدين ونحوه، وجب أن يكون مضموناً، كالمبيع لما[٢] لم يصح احتباسه إلا (لمضمون، وهو الثمن، كان مضموناً؛ ويقاس على العبد الجاني، فيقال: إذا تلف العبد، تلف الحق؛ لتعلقه)[٣] بمال، وكذلك إذا تلف الرهن، تلف الحق [لتعلقه] بمال، ولا يلزم عليه تلف الضامن؛ لأنه ليس بمال، ويجوز أن يكون غير مال.

فإن قيل: لو تعلق الرهن بالحق، لكان في براءة المرتهن من الرهن إبطال للحق رأساً، كما أن براءة المجني عليه من العبد ابطال للحق[٤].

قيل له: لا يمتنع أن يكون التعلق على وجوه؛ ألا ترى أن الحق يتعلق بالضامن، وإبراؤه لا يُسقط الحق، ويتعلق بالمحتال[٥] عليه، وإبراؤه يسقط الحق؟ فبان أن التعلق يختلف، ونحن عللنا للتعلق.

فإن قيل: لو كان صحيح الرهن مضموناً، لوجب أن يكون فاسده مضموناً، كالودائع، والغصوب، ومال المضاربة؛ لأن الصحيح كالفاسد في باب الضمان.

قيل له: هذا غلط فاحش، وذلك أن الاعتبار في جميع ذلك بالمعنى الموجب

---

(١) في (ب): بما. وظنن على لما.

(٢) في (ب): بما. وظنن على لما.

(٣) ما بين القوسين سقط من (أ).

(٤) في (أ): للعقد.

(٥) في (أ): بالمحال.

للضمان، أو المسقط، فإن جمع[(١)] المعنى بين الصحيح والفاسد، اجتمعا في الضمان والسقوط[(٢)]، وإن افترق، افترقا؛ ألا ترى أن صحيح المضاربة لا يقتضي الضمان، وفاسده يقتضي الضمان عندنا، وعند أبي يوسف، ومحمد؟ لأنه يصير في حكم الأجير المشترك، وعندنا وعندهما أنه ضامن، وإذا فسدت الوديعة، ضمنت؛ لأنها تكون في حكم الغصب، فلم يمتنع أن يكون فاسد الرهن يخالف صحيحه؛ لأنه بالفساد[(٣)] يخرج عن كونه رهناً، كما خرجت الوديعة بالفساد عن كونها وديعة، وكذلك العارية الفاسدة عندهم لا تضمن ، كعارية الحر.

فإن قيل: اعتلالكم بأنه محبوس بالدين يوجب أن تكون فوائد الرهن مضمونة، كالولد، والثمر؛ لأنها عندكم محبوسة كالأصل.

قيل له: كذلك نقول، فلا سؤال علينا فيه.

وهكذا إن سألوا عن زيادة الرهن على الدين؛ لأنها عندنا مضمونة، لأننا نوجب أن يترادا الفضل، وأيضاً [لما] لم يصح الرهن إلا بما يكون مضموناً من الدين ونحوه، ولم يصح بالأعيان كالوديعة ونحوها، إذ بهلاكه لا تهلك الأعيان، عُلم أن بهلاك الرهن يهلك الدين، إذ لو لم يهلك به، لم يصح، كما لا يصح في الأعيان، وأيضاً الرهن بدل من الدين، والدين مضمون، كالثمن، لما كان عوضاً للمبيع، والمبيع مضمون، وجب أن يكون الثمن مضموناً؛ ولا يصح قول من يقول: إن الرهن بدل من الكتابة والشهود؛ لأنها قد /٢١٥/ تجتمع، وأيضاً الرهن مقبوض للاستيفاء، فإذا هلك، وجب أن يحصل الاستيفاء؛ لأن كل مقبوض على وجه إذا تلف، حصل ذلك الوجه؛ ألا ترى أن المقبوض من المبيع[(٤)] والغصب لما كان مقبوضاً على وجه الضمان، كان تلفهما موجباً للضمان؟

---

(١) في (أ): جميع.
(٢) في (أ): أو السقوط.
(٣) في (أ): بالكساد.
(٤) في (أ): البيع.

فإن قيل: فالمستأجر مقبوض لاستيفاء المنافع، وإن تلف، لا يوجب استيفاؤها.

قيل له: هو مقبوض لاستيفاء المنافع مع بقائه، إذ[١] يستحيل ذلك مع تلفه، فلا يلزم ما ذكرت؛ ألا ترى أنه لو تلف، كانت المنافع في حكم المستوفاة مدة بقائه، وإن لم تكن مستوفاة إذا تلف على الوجه الذي قلت؟ ألا ترى أن من استأجر عبداً للخدمة، فتسلمه[٢]، ولم يستخدمه، ثم تلف[٣]، تكون الخدمة في حكم الحاصل مدة بقائه؟

فإن قيل: فيما قلناه من حبس المبيع للثمن[٤] إن العلة في سقوط الثمن بتلفه: أن الثمن مقابل للمبيع، فلما[٥] لم يحصل المبيع للمشتري، لم يحصل الثمن للبائع.

قيل له: ليس الأمر كما قلتم[٦]، وذلك أن[٧] المبيع قد حصل للمشتري بالشراء، واستحق البائع عليه الثمن، ولكنه لما كان محبوساً للاستيفاء، وتلف، تلف ما تعلق به؛ ألا ترى أنه لو سلمه البائع، ولم يحتبسه، لم يتلف الثمن بتلفه؟ على أنا لو لم نُضمن المرتهن، كنا قد ألزمنا الراهن غرمين، غرماً للدين، وغرماً للرهن، ولا يلزم غرمان لحق واحد.

ووجه ما قلناه من أنهما يترادان الفضل: قوله: «لصاحبه غُنْمه، وعليه غرمه». فدل ذلك على أنه يغرم النقصان، ويغنم الزيادة، ويتحصل عليها، وأيضاً إذا ثبت بالأدلة التي قدمناها أن الرهن مضمون، وجب أن يكون جميعه مضموناً، كالغصب، والقرض، والمبيع، والثمن، يوضح ذلك أن ما لم يضمن بعضه كالوديعة، ومال المضاربة، لم يضمن باقيه؛ وما ضمن بعضه مما ذكرنا، ضمن باقيه، ولم نجد في الأصول مضموناً يضمن بعضه ولا يضمن باقيه، وإذا ثبت ذلك، وثبت أن الرهن يضمن

---

(١) في (أ): أن.

(٢) في (أ): وتسلمه.

(٣) سقط من (أ) ثم تلف.

(٤) في (أ): بالثمن.

(٥) في (أ): فيما.

(٦) في (أ): ذكرتم.

(٧) في (أ): وذلك البيع.

بعضه، ثبت أن جميعه مضمون، وأيضاً لا خلاف بيننا وبين أبي حنيفة وأصحابه أن الرهن إذا كان مثل الدين أو دونه، يكون جميعه[١] مضموناً، فكذلك إذا زاد على الدين؛ والعلة أنه رهن صحيح، فوجب أن يكون جميعه مضموناً، أو عين حصل فيه الضمان، فوجب أن يكون جميعه مضموناً.

فإن قيل: إذا كان مقبوضاً للاستيفاء، وجب أن يكون أميناً في الفضل؛ لأنه لا يجوز أن يستوفي من جميعه، بل من مقدار الدين.

قيل له: الجميع مقبوض للاستيفاء، ومحبوس به؛ ألا ترى أنه لا يفك منه شيء إلا /٢١٧/ بإيفاء[٢] الدين؟ فوجب أن يكون الجميع مضموناً، لأنه أيضاً محبوس للاستيفاء، ومقبوض لذلك، فكذلك الزائد على مقدار الدين يجب أن يكون مضموناً؛ لأنه أيضاً محبوس للاستيفاء، ومقبوض لذلك.

فأما ما يحكي[٣] عن شريح من قوله: الرهن بما فيه، فهو قول قد أُجمع بعده على خلافه، فوجب سقوطه، فلا وجه للاشتغال به؛ وحكى الكرخي هذا القول عن إبراهيم النخعي، وحكى رجوعه إلى قول[٤] أبي حنيفة. ويؤكد ما قلناه [من] أنهما يترادان الفضل: أن الراهن لو أفلس، أو مات مفلساً، كان الحكم في الرهن ما ذهبنا إليه من غير خلاف فيه، وكذلك لو تلف بتعديه؛ لأن ما كان مضموناً، فلا يتغير حكمه بأن يتلف بتعدي الضامن، أو بغير تعديه، في أن الضمان يتعلق بجميعه، فكذلك الرهن.

مسألة: في تلف فوائد الرهن

قال: والقول في فوائد الرهن كالولد والثمر الذي يصير رهناً مع الأصل، إذا تلف، كالقول في الأصل.

---

(١) في (أ): جميعاً.

(٢) في (أ): بالإيفاء للدين.

(٣) في (أ): حكى.

(٤) في (أ): إلى أبي.

[وهو منصوص عليه في (المنتخب)[١]].

قال أبو حنيفة وأصحابه: إذا تلفت الفوائد، تلفت بغير ضمان.

والدليل على صحة ما ذهبنا إليه: أنه لا خلاف بيننا وبينه أنها رهن مع الأصل، محتبسة باحتباسه[٢]، لا يفك منها شيء إلا بإيفاء جميع الدين، فإذا ثبت ذلك، كان جميع ما قدمنا يتضمن[٣] الرهن من دلالة الكتاب والسنة والخبر أدلة[٤] على وجوب ضمان الفوائد.

فإن قيل: إن النماء دخل في الرهن على سبيل التبع، فلا يجب أن يكون مضموناً[٥]، كولد المبيعة.

قيل له: ليس الاعتبار بكونه تبعاً، بل الاعتبار في أن يشارك الأصل فيما أوجب الضمان، (أو لا يشاركه)[٦]، وقد علمنا أن ولد المبيعة لم يشارك[٧] الأم فيما أوجب الضمان؛ لأن ضمانها بالثمن إنما كان لأن الثمن ثمن لها، والولد لم يشاركها في ذلك؛ لأن الثمن ليس بثمن له، وفوائد الرهن قد شاركت الرهن في سبب الضمان، فوجب أن تكون مضمونة، لأن سبب الضمان هو الاحتباس بالدين، ألا ترى أن ولد المغصوبة إذا لم يشارك الأم في الغصب، لم يكن مضموناً، فإن شاركها بأن منع من صاحبه، أو تصرف فيه الغاصب، صار مضموناً كالأم؟ ومما يوضح الفرق بين ولد المرهونة، وولد المبيعة: أن ولد المبيعة لا يصير مبيعاً، فلا يجب أن تصير أحكامه أحكام الأم من كل وجه، وولد المرهونة يصير مرهوناً، فيجب أن تصير أحكامه أحكام أمه، على أنا قد علمنا أن للمبيعة والمرهونة حكمين:

---

(١) انظر: المنتخب ٢٦٠.

(٢) في (ب): كاحتباسه.

(٣) كذا في النسخ.

(٤) سقط من (أ) والخبر أدلة.

(٥) في (أ): مضمونة.

(٦) سقط من (أ) ما بين القوسين.

(٧) في (أ): وإن شارك.

أحدهما: الاحتباس بحق يتعلق بهما[١] ، وهو الحكم الذي اختص ذاتهما، فوجب سرايتهما إلى ولديهما لما بينهما من البعضية.

والثاني: الضمان، وهو أمر منفصل عنهما، فيجب أن ينظر في سرايته، فالولد الذي شارك الأم فيما أوجب /٢١٧/ الضمان يجب أن يكون مضموناً؛ وضمان المبيعة يتعلق ثمنها بها، والولد لم يشاركها في هذا المعنى؛ لأنه لا يكون مبيعاً، ولا يكون الثمن ثمنه، فلم يجب أن يكون مضموناً، وولد المرهونة مرهون، فقد شارك الأم فيما أوجب الضمان، فيجب أن يكون مضموناً.

مسألة: في زراعة الأرض المرهونة

قال: وليس للراهن أن يزرع الأرض المرهونة بغير إذن المرتهن، فإن زرعها، كان الزرع رهناً مع الأصل، فإن تلف، لم يضمنه المرتهن .

[وهو منصوص عليه في (المنتخب) [٢]].

ليس للراهن ذلك؛ لأنه إخراج للرهن من يد المرتهن، ولا يجوز ذلك، فإن فعل الراهن بغير علمه، وزرع، واحتمل، وجب أن يكون الزرع رهناً مع الأرض، ولا يضمنه المرتهن إن تلف في يد الراهن؛ لأنه لا وجه لأن يضمن الشيء وهو في يد مالكه على ما بيناه في إعارة المرتهن الراهنَ رهنه، فإن زرعها المرتهن بإذن الراهن، كان الزرع رهناً مع الأصل، ويضمنه المرتهن إن تلف، وهذا معناه أن يزرع للراهن[٣] بإذنه، فيكون الزرع للراهن، فيصير رهناً مع الأصل، ويضمنه؛ لأنه في يد المرتهن.

قال: فإن زرعها المرتهن بغير إذن الراهن، كان للمرتهن ما للزراع، وما فضل من الزرع عنه، كان للراهن، فلا يكون رهناً.

---

(١) في (أ): بها.

(٢) انظر: المنتخب ٢٦٥.

(٣) ظنن على المرتهن في هامش (ب).

[وهذا منصوص عليه في (المنتخب) [١]].

وهذا معناه[٢] أن الزرع يكون للزارع؛ والمراد بقوله: ما فضل، هو ما لزم الزارع المرتهن من كراء المثل.

قال: ولا يكون رهناً؛ لأنه في ذمة المرتهن، و لم تتحصل عينه.

مسألة: في تلف الرهن قبل حلول الدين

قال: وإن رهن رجل رجلاً رهناً[٣] على دين له مؤجل، فتلف الرهن قبل حلوله، وكانت قيمة الرهن دون الدين، لم يكن للمرتهن أن يطالب الراهن بالفضل الذي له قبل حلول الأجل.

[وهو منصوص عليه في (المنتخب)[٤]].

وذلك أن الدين لم يجب توفيره قبل حلول الأجل، فكذلك الباقي حكمه في ذلك حكم سائره.

مسألة: في نقص الجواهر المرهونة

قال: ولو أن رجلاً رهن رجلاً إكليلاً من ذهب، فانشدخ الإكليل بغير جناية لأحد، نحو أن يسقط عليه جدار، أو ما أشبهه، ولم يكن نقص من وزن الذهب شيء، ولا كان فيه جوهر فانكسر، لم يكن المرتهن ضامناً لانكساره؛ فإن كان نقص من وزنه شيء، أو كان فيه جوهر فانكسر، ضمن المرتهن ما نقص من وزنه، وانكسر من جوهره.

[وهو منصوص عليه في (الأحكام) [٥]].

---

(١) انظر: المنتخب ٢٧٠.

(٢) في (أ): معنى.

(٣) سقط من (أ) رهناً.

(٤) انظر: المنتخب ٢٥٨ - ٢٥٩.

(٥) انظر: الأحكام ٢/١٤٢.

اعلم أن هذا إذا كان إكليل من ذهب مرهوناً على الدنانير، أو إكليل من فضة مرهوناً على الدراهم، فالأصل فيه أن الفضة إذا لاقت جنسها من الفضة، أو الذهب إذا لاقى جنسه من الذهب، لم يكن للصنعة والجودة قيمة.

يدل على ذلك قول النبي - صلى الله عليه وآله وسلم -: «الذهب بالذهب مثلاً بمثل، وزناً بوزن، /٢١٨/، والفضة بالفضة مثلاً بمثل، وزناً بوزن». ألا ترى أن عشرة دنانير مضروبة لا يجوز أن يشترى بها أحد عشر ديناراً تبراً غير مضروب، وإن كانت قيمته عشرة دنانير لضربه، وسِكَّته، وجودته؛ بل لا يجوز الدينار بالتبر إلاَّ وزناً بوزن، ولا الدرهم بالنقرة إلا وزناً بوزن؛ لما قلناه: إن كل واحد منهما إذا لاقى جنسه، لم يكن للصنعة والجودة قيمة، فإذا ثبت ذلك، فلو ضمن المرتهن ما نقص من الإكليل المنشدخ من قيمته، كان إنما يضمن بما لاقاه من الدين دون ما سواه؛ ألا ترى أنه لو كان عنده وديعة، لم يضمنه؛ لأنه لم يلاقِ الدين؟ فإذا كان ذلك كذلك، لم يجب أن يضمن قيمة الانشداخ إذا سلم الوزن، وقيل للراهن: أدِّ الدين، وخذ الإكليل المنشدخ؛ وبه قال أبو حنيفة، ورواه أبو الحسن الكرخي عن أبي يوسف، عن أبي حنيفة، وروى محمد أنه قياس قول أبي حنيفة، وقياس قول زفر، ووجهه ما بيناه.

فأما إذا نقص شيء من الوزن، أو كان فيه جوهر فانكسر، فإنه يضمنه المرتهن؛ لأن نقصان الوزن مضمون على كل حال، ولأن الجوهر كسائر العروض ليس هو من جنس الذهب والفضة، فيجب أن يكون مضموناً.

قال: فإن كان انشداخه من المرتهن بجناية منه، ضمن المرتهن ما نقصه الهشم من قيمته.

[وهو منصوص عليه في (الأحكام)[1]].

وإنما كان ذلك كذلك؛ لأن هذا الضمان هو ضمان الجناية، وليس لملاقاة الرهن الدين؛ ألا ترى أنه لو كان عنده على سبيل الوديعة، لضمنه؟ فإذا لم يكن الضمان

(١) انظر: الأحكام ٢/١٤٢.

لملاقاة جنسه، وجب أن تكون قيمة ما نقصه الهشم مضمونة، وإن كان من الذهب، فقيمته[١] من الفضة، وإن كان من الفضة، فقيمته من الذهب؛ لأن الذهب يُقوَّم بالفضة، والفضةُ تقوَّم بالذهب، ولا يُقوَّم واحد منهما بجنسه.

قال: وإن كان بجناية من غيره، ضمن الغير ما نقصه هشمه، كما بينا أن المرتهن يضمنه، إن[٢] كان ذلك بجناية منه؛ لأنه ضمان الجناية، ولم يلاق الشيء جنسه[٣].

قال: ويكون الراهن مطالباً للمرتهن، والمرتهن مطالباً للجاني؛ لأن الشيء في ضمان المرتهن، فالخصومة فيه بين الراهن والمرتهن، ثم بين المرتهن والجاني[٤].

قال: وللراهن الخيار بين أخذ الرهن وقيمة ما نقصه الهشم من غير جنسه، وبين أن يتركه ويأخذ قيمته صحيحاً، وذلك[٥] لأنه ضمان الجناية، وسبيله سبيل الغاصب[٦].

وعند أبي حنيفة ليس له إلا أخذه مهشوماً، أو قيمته من غير جنسه مصنوعاً؛ وأما إذا كان إكليل[٧] من ذهب مرهوناً بالدراهم، وإكليل من فضة مرهوناً بالدنانير، فيجب أن يضمن المرتهن قيمته مهشوماً، سواء كان بجنايته، أو بغير جنايته؛ لأن ما ذكرنا من ملاقاة الشيء جنسه قد زال.

مسألة: في انتقاص الثوب المرهون بالدار المرهونة

قال: ولو أن /٢١٩/ رجلاً ارتهن ثوباً، فقرضه الفأر، أو لحقته آفة نقصته، ضمن أرش النقصان إن كان له بعد النقصان قيمة، وإن كان لا قيمة له بعد ذلك، ضمن قيمة الثوب كله، وهو صحيح؛ لأن ذلك ضرب من ضروب التلف يضمنه المرتهن.

---

(١) في (أ): قيمته.

(٢) في (أ): وإن.

(٣) انظر: الأحكام ٢/١٤٢.

(٤) انظر: الأحكام ٢/١٤٢.

(٥) في (ب): وهذا.

(٦) انظر: الأحكام ٢/١٤٢.

(٧) في (أ): الإكليل.

قال: وكذلك إن ارتهن داراً فهدم[١] بعضها، أو سرق بابها، أو انهدم كلها، ضمنه المرتهن، وهذا أيضاً كما مضى يضمنه المرتهن لأنه، تلف.

[وجميعه منصوص عليه في (المنتخب) [٢]].

مسألة: في المرتهن يسكن الدار المرهونة أو يكريها

قال: فإن سكن الدار المرتهن، سقط عن الراهن مقدار أجرة سكناه، فإن استغرقت الأجرة الدين، سلمت الدار إلى الراهن.

[وهو منصوص عليه في (المنتخب) [٣]].

وهذا على قوله: إن الغاصب يضمن كراء المثل إذا انتفع بالمغصوب على ما نبينه في كتاب الغصوب، وهذه الدار وإن كانت رهناً، فليس للمرتهن إلا احتباسها عنه، وهو في باب ليس له إلا الإمساك (والحفظ ، بمنـــزلة الوديعة)[٤]، فإن تصرف فيه، كان بمنـــزلة الغاصب، فإذا سكنها، يلزمه من الكراء ما يلزم الغاصب من ذلك، فسقط عن الراهن من الدين بمقداره؛ لأنهما يتقاصان ذلك، فإذا بلغ ما يلزمه من كراء المثل مقدار الدين كله، سقط جميعه؛ لأن المرتهن يكون قد استوفاه، وخرجت الدار عن الرهن؛ لأنها لا تكون رهناً، ولا حق للمرتهن على الراهن ؛ (لأنا لو قلنا: إن له حقاً)[٥]، لكُنَّا جعلناها[٦] محتبسة لِلا شيء، وهذا فاسد بالإجماع.

قال: وكذا القول إن أكرى الدار، فاستغلها المرتهن، واستهلك غلتها، فإن لم تستهلك غلتها، كانت الغلة رهناً مع الأصل على ما بينا من كون الفوائد رهناً كالأصل، فإن تلفت، ضمنها المرتهن على ما بيناه من القول بأن الفوائد مضمونة

---

(١) في (ب): فانهدم.
(٢) انظر: المنتخب ٢٥٢.
(٣) انظر: المنتخب ٢٥٢ - ٢٦٥.
(٤) ما بين القوسين بياض في (أ).
(٥) ما بين القوسين بياض في (أ) و (ب) ونبه عليه في هامش (ب).
(٦) في (أ): كنا فعلناها.

كالأصل، على ما تقدم القول فيه[١].

قال: وليس للمرتهن أن ينتفع بالرهن، نحو أن يركبه إن كان مركوباً، أو يلبسه إن كان ملبوساً، أو يسكنه إن كان له سكنى، أو غير ذلك؛ فإن فعل شيئاً من ذلك، سقط مقدار ذلك من الدين[٢]، وكل هذا قد تقدم بيانه، وجملة القول أن الرهن في يد المرتهن كالوديعة إلا في أمرين:

أحدهما: الضمان، والثاني: أن للمرتهن منع الراهن من أخذه حتى يستوفي دينه، وإلا ففي باقي الأحكام هو بمنزلة الوديعة.

قال: ولا فصل في ضمان المرتهن بين أن يهلك الرهن، أو يستهلكه المرتهن، ولا بين الرهن وفوائده في ذلك كله[٣] - وهذا كله قد بيناه - إلا في رهن الذهب بالذهب، والفضة بالفضة، فقد بينا الفصل فيهما بين ضمان التلف، وبين ضمان الاستهلاك، وإلا فالأمر في غير هذه المسألة سواء.

مسألة: في المرتهن يشج العبد المرهون

قال: ولو أن مرتهناً شج عبداً ارتهنه موضحة /٢٢٠/ ضمن نصف عشر قيمة العبد.

[وهو منصوص عليه في (المنتخب) [٤]].

وهذا ضمان الجناية، لأنه لو لم يكن رهناً، وكان وديعة، ضمنه المودع، وقال: إنه يضمن نصف عشر القيمة؛ لأن الحر إذا شج موضحة، وجب نصف عشر الدية، والقيمة في العبد كالدية في الحر، وهذا مما نستقصيه ونوضح الكلام فيه في باب الديات.

---

(١) انظر: المنتخب ٢٥٢.
(٢) انظر: المنتخب ٢٥٢.
(٣) انظر: المنتخب ٢٥٢.
(٤) انظر: المنتخب ٢٥٣.

مسألة: في إبدال الرهن

قال[1]: ولو أنه رهنه عبداً يساوي ألفاً على ألف، ثم جاءه الراهن بجارية تساوي ألفاً، وقال: خذها بدل العبد، فرضي المرتهن، فماتت قبل رد العبد، سلم العبد إلى الراهن، وكانت قيمتها تسقط الدين.

[وهو منصوص عليه في (المنتخب)[2]].

وتحصيل المسألة: أن الرهن هو الثانية، والعبد[3] قد خرج عن كونه رهناً. قال أبو حنيفة: الرهن هو الأول، والثانية أمانة حتى يقبض الأول.

والأصل في هذا: أن الرهن لا يكون رهناً إلا بحصول ثلاثة أشياء: عقد الرهن على التراضي، ووجوب الحق، وحصول القبض، ويخرج الرهن عن كونه رهناً بزوال كل واحدة من الثلاث.

أما سقوط الدين بالإبراء والاستيفاء، فلا خلاف أن الرهن خارج عن كونه رهناً، وكذلك إذا[4] زال القبض، خرج عن كونه رهناً، كما نص يحيى - عليه السلام - في الأرض المرهونة إذا غلب عليها العدو أنها تخرج عن كونها رهناً، ويدل على صحة هذا أنه لا خلاف بيننا في القول الصحيح وبين أبي حنيفة أن رهن المشاع لا يصح، والعلة أن القبض لا يدوم، بل يزول، فلولا أن زوال القبض يخرج الرهن عن كونه رهناً، لم تصح العلة، وصح رهن المشاع؛ فإذا ثبت ذلك، وجب أن يكون رفع العقد والرضا بالتفاسخ مُخرِجاً له من كونه رهناً؛ لأنه أخذ ما لا يكون الرهن رهناً إلا به؛ فإذا صح ما ذكرناه، فالرهن الأول قد خرج عن كونه رهناً بحصول رضاهما بالتفاسخ، ورفع العقد، وصار الثاني رهناً بحصول العقد والقبض مع وجوب الحق، فصح ما ذهبنا إليه من أن الثاني هو الرهن دون الأول.

---

(١) سقطت من (أ) قال.

(٢) انظر: المنتخب ٢٥٦.

(٣) في (أ): وأن العبد.

(٤) في (ب): إن.

مسألة: في رهن المغصوب

قال: ولو أن رجلاً غصب عبداً، ورهنه رجلاً، وجاء صاحب العبد، قُضي له بعبده، وطالب المرتهن الراهن بحقه، فإن جاء صاحب العبد وقد تلف العبد في يد المرتهن، وهو لا يعلم أنه غصب، قُضي لصاحب العبد على الغاصب بقيمة عبده، وقضي للمرتهن بدينه على الراهن الغاصب.

[وهو منصوص عليه في (المنتخب) (١)].

لا خلاف أنه يقضى لصاحب العبد بعبده؛ لأنه غُصب عليه، وللمرتهن أن يطالب الراهن بحقه؛ لأن الرهن لم يكن رهناً، وقد أخرج بحق واجب، فإن تلف العبد في يد المرتهن، وهو لا يعلم أنه غصب، قضي لصاحب العبد على الغاصب بقيمة عبده، لا خلاف فيه، كما يقضى /٢٢١/ عليه بسائر الغصوب التالفة، ولصاحب العبد إن شاء أن يطالب المرتهن الذي تلف العبد في يده، ويرجع هو بقيمته على الراهن؛ لأنه مغرور، وكونه مغروراً مما(٢) يجب أن ينظر فيه فضل نظر، و لم يذكره يحيى - عليه السلام - إذا كانت القيمة تلزم الغاصب على الأحوال كلها، ويقضى للمرتهن بدينه على الغاصب؛ لأن التالف لم يكن رهناً صحيحاً، فلم يجب أن يضمنه المرتهن.

قال: ولو كانت المسألة بحالها، وكان قد علم المرتهن أن الرهن غصب، كان المستحق بالخيار، إن شاء، طالب بقيمة العبد الغاصب الراهن، وإن شاء ، طالب بها المرتهن.

[وهو منصوص عليه في (المنتخب) (٣)].

فإن طالب الراهن والمرتهن، رجع(٤) المرتهن بدينه على الغاصب الراهن تخريجاً.

---

(١) انظر: المنتخب ٢٦١ - ٢٦٢.

(٢) سقط من (ب): مما.

(٣) انظر: المنتخب ٢٦٢.

(٤) في (ب): يرجع.

ووجهه: أن الراهن والمرتهن غاصبان جميعاً، فلصاحب العبد مطالبة من شاء منهما، وأيهما طالب، كان حق المرتهن من الدين ثابتاً على الراهن؛ لفساد الرهن، ولأن تلف الرهن الفاسد لا يوجب الضمان.

مسألة: في بيع المرتهن للرهن ثم يهرب

قال: ولو أن رجلاً ارتهن ثوباً من رجل على عشرة دراهم، ثم باعه المرتهن بخمسة عشر درهماً بغير إذن الراهن، ففر المرتهن، قضي بالثوب للراهن، وقضي للمشتري عليه بعشرة دراهم، وقضي بالفضل على من باعه.

[وهو منصوص عليه في (المنتخب) [١]].

يقضى للراهن بالثوب، لأنه ملكه، وحكم الرهن قد انفسخ عنه بما كان من المرتهن من إخراجه عن قبضه على وجه أوجب[٢] القبض لغيره، فلا وجه لحبسه عن الراهن، ويقضي الحاكم على المرتهن بما أخذه على المشتري، وإن كان غائباً؛ لأن القضاء على الغائب جائز، ويأخذ من الراهن ما عليه، وهو عشرة دراهم، ويسلمه إلى المشتري، فإن وجد الحاكم للمرتهن الغائب مالاً، وفَّرَ منه ما بقي للمشتري، وهو خمسة دراهم، وإن لم يجد، قضي عليه بذلك، وترك إلى حين الإمكان.

قال: وكذا القول لو[٣] كان المرتهن رهنه على خمسة عشر، الحكم في هذا كالحكم في الأول لاستواء الأحوال.

مسألة: في رهن العارية

قال: ولو أن رجلاً استعار من رجل ثوباً يساوي خمسين درهماً، على أن يرهنه بعشرين درهماً، فرهنه على ذلك، فتلف عند المرتهن، قضي للراهن بثلاثين درهماً على المرتهن، وللمعير على الراهن بقيمة الثوب، وهو خمسون درهماً.

---

(١) انظر: المنتخب ٢٦٣.

(٢) في (ب): يوجب.

(٣) في (ب): إذا.

[وهو منصوص عليه في (المنتخب)[1]].

وذلك أنه حصل للراهن عوضاً من الثوب خمسون درهماً، ثلاثون درهماً ما أخذ من المرتهن، وعشرون درهماً ما سقط من ذمته[2]، فوجب أن يرده على المعير؛ لأنه بمنزلة رجل أذن لآخر في أن يقضي دينه، وينتفع بوديعة له على وجه القرض، فما حصل له من عوض الوديعة، يلزمه رده على المودع، وكذلك إن تصرف فيه وباعه، فكذلك العارية، وكذلك لو أن رجلاً أتلف عارية عند رجل، فما أخذ من قيمتها، لزمه ردها على المعير.

مسألة: في رهن العارية منقوصة

قال: فإن كان المستعير لما استعاره لبسه /٢٢٢/ لبساً نقص من قيمته عشرة دراهم، ثم رهنه على عشرين درهماً، فتلف، قضي للراهن على المرتهن بعشرين درهماً، وللمعير على المستعير بخمسين درهماً.

وذلك أن المستعير تعدى ولبس الثوب، فلزمه أرش نقصانه، وذلك عشرة، ثم يلزمه للمعير خمسون، فيقضى له على المرتهن بعشرين درهماً؛ لأنه القدر الزائد على دينه.

قال: ولو أنه لما استعاره، استأذنه في لبسه مدة قبل أن يرهنه، فأذن له فيه، فلبس لبساً نقص بعشرة دراهم، ثم رهنه على عشرين، ثم تلف، قضي للراهن على المرتهن بعشرين درهماً، وللمعير على المستعير الراهن بأربعين درهماً، وذلك أن عشرة دراهم التي نقصت من الثوب لا ضمان على المستعير فيها؛ لأنه لبسه بإذن المعير، ولم يكن اشترط الضمان، وباقي المسألة الكلام فيها كالكلام الأول.

قال: وكذلك إن استعار منه شيئاً، ولم يستأذنه في رهنه، فرهنه، فتلف، أو نقص، قضي للمعير على المستعير بقيمة ما نقص، أو تلف، وكذا القول إن استعاره، ثم باعه، وتلف[3] عند المشتري.

---

(١) انظر: المنتخب ٢٦٦.

(٢) في (ب): دينه.

(٣) في (ب): فتلف.

والوجه في هذا كله: أنه قد تعدى فيه، فهو بمنزلة الغاصب، يلزمه ما يلزم الغاصب، وهو الذي ذكره وبينه.

[وجميع ما تقدم منصوص عليه في (المنتخب)[1]].

مسألة: في إرسال الرهن إلى المرتهن فيتلف عنده

قال: ولو أن رجلاً دفع إلى رجل ثوباً فقال: ارهنه عند فلان على عشرة دراهم، فأخذه[2] منه، فمضى إليه على طريق الرسالة، فأخذ منه الدين، ورهن عنده الثوب على ذلك، فتلف عنده الثوب، أو لم يتلف، كانت المعاملة بين المرتهن وصاحب الثوب المرسل، دون الرسول، إذا أقر صاحب الثوب بذلك، فإن كان الرسول أخذ منه العشرة ورهن عنده[3] الثوب لا على طريق الرسالة، كانت المعاملة بين المرتهن والرسول، ويطالب صاحب الثوب الرسول بما يجب عليه في ذلك.

[وهو منصوص عليه في (المنتخب) [4]].

والأصل في هذا: أن الوكيل في الهبة، والاستيهاب، والقرض، والاستقراض، والإيداع، والرهن، والارتهان، وما أشبهه مما لا بدل له، كأبدال البيع، والشراء، والإجارة، وما أشبهه، تنقطع وكالته بعد ما يفرغ من ذلك، فلا يتعلق عليه شيء من حقوقه؛ والوكيل في الاستيهاب، والاستقراض، والإعارة، والارتهان، والرهن، يجب أن يضيف ذلك إلى موكله، فيقول: أقرض فلاناً، أو هب لفلان، أو أعر فلاناً، وما جرى مجراه، فإن لم يفعل ذلك، كان ذلك كله له، كما يقول: زوج فلاناً، أو طلقتُكِ عن فلان، وبه قال أبو حنيفة وأصحابه.

والفصل بين هذه الأشياء وبين الشراء والبيع: أنه في الشراء لا يحتاج إلى /٢٢٣/ أن يضيف الشراء إلى من هو مشتر له، ولا البيع، ولا بد أن يضيف سائر ما ذكرناه

---

(١) انظر: المنتخب ٢٦٦.

(٢) في (ب): فأخذها.

(٣) في (ب): منه.

(٤) انظر: المنتخب ٢٦٧.

إلى الموكل، فإذا ثبت ذلك، فالرسول الذي هو الوكيل بأن يرهن، ويستقرض، عليه[١] إذا أضافه إلى الموكل، لم يلزمه شيء من حقوق[٢] ما فعل، وكانت المعاملة كما ذكرنا بين الموكل والمرتهن، وإذا لم يضف ذلك إلى الموكل، وقع ذلك، فيكون هو الخصم، ويكون القرض له، إن شاء أن يقرض الموكل، فعل، وإن شاء، لم يفعل، ولرب المال أن يطالبه بما أعطاه، والمعاملة بين الوكيل والمرتهن فيما بينهما، وبين الموكل والوكيل فيما بينهما.

مسألة: في تقويم الرهن إذا تلف

قال: ولو أن رجلاً رهن رجلاً جارية، فتلفت عنده، قومت على المرتهن يوم ماتت، زادت قيمتها، أو نقصت، لمرض، أو نحوه، وتكون القيمة وسط القيم.

[وهو منصوص عليه في (المنتخب) [٣]].

اعلم أنه ليس المراد بهذا أنها تُقوَّم يوم التلف - زائدة كانت، أو ناقصة - فيقتصر على قيمتها، ولكن المراد أن وقت التقويم وقت التلف، وإن كانت زائدة، قومت زائدة؛ لأن زيادة الرهن عنده مضمونة كما مضى في فوائد الرهن، وإن كانت ناقصة، قومت، وقوم أرش النقصان.

قد[٤] نص يحيى - عليه السلام - على أن المرتهن ضامن لما تلف من الرهن، أو نقص، وإنما قال: إن التقويم في جميع تلك الوجوه يعتبر في حال التلف؛ لأنه[٥] حال الضمان؛ لأن الضمان يكون على وجهين: ضمان التعدي، وضمان التلف، فكما أن ضمان التعدي يجب أن يكون وقت التعدي، كذلك يجب أن يكون ضمان التلف في وقت التلف، ووجوب التقويم أبداً تابع لوجوب الضمان؛ وهذا كما قال أبو حنيفة،

---

(١) في (أ): وعليه.

(٢) في (أ): الحقوق.

(٣) انظر: المنتخب ٢٦٠ - ٢٦١.

(٤) في (ب): فقد.

(٥) في (ب): لأنها.

ومحمد، فيمن استهلك مالاً[1] لغيره ثم انقطع من أيدي الناس: إن قيمته يوم وجوب القيمة، وإن اختلفا في وقت وجوب القيمة، فقال أبو حنيفة: هو وقت الخصومة، وقال محمد: هو وقت انقطاعه من أيدي الناس، فأجمعا على[2] أن القيمة قيمته يوم وجوب القيمة بوجوب الضمان؛ لأنه لا وجه لاعتبار قيمته، والضمان لم يحصل، وإنما حصل سبب الضمان، والقيمة تابعة للضمان.

(١) في (ب): لغيره مالاً.
(٢) سقط من (أ): على.

باب القول في اختلاف الراهن والمرتهن

مسألة: في الاختلاف على قيمة الرهن

قال: وإذا تلف الرهن عند المرتهن، فادعى أن قيمته كانت ألفاً، وادعى الراهن أنها كانت ألفين، كانت البينة على الراهن، واليمين على المرتهن.

[وهو منصوص عليه في (الأحكام) و(المنتخب)[1]].

ووجهه: أنهما اتفقا في ألف، فاستقر ذلك، وصار الراهن يدعي ألفاً آخر، والمرتهن ينكره، فالبينة على المدعي، واليمين على المنكر، على أنه مما لا خلاف فيه، ولا يجوز أن يكون المرتهن /٢٢٤/ أسوأ حالاً من الغاصب، ولو كان بدل الرهن غصباً، لكان الحكم ما ذكرنا.

مسألة: في الاختلاف في الدين

قال: فإن قال المرتهن: ارتهنته على ألف، وقال الراهن: ارتهنته على خمسمائة، كانت البينة على المرتهن، واليمين على الراهن، لأنهما قد اتفقا على خمسمائة، وادعى المرتهن خمسمائة أخرى، وأنكرها الراهن، فالبينة على مدعي الفضل على ما تقدم بيانه في المسألة الأولى، [وهذا منصوص عليه في (المنتخب)[2]].

مسألة: في الاختلاف على عيب الرهن

قال: وإذا رهن[3] رجل رجلاً شيئاً، فظهر به عيب، فادعى كل واحد منهما أن العيب حدث عند صاحبه، فإن كان الرهن قائماً بعينه، كانت البينة على الراهن، واليمين على المرتهن، وإن كان الرهن قد تلف، كانت البينة على المرتهن، واليمين على الراهن.

---

(١) انظر: الأحكام ١٤٢/٢ ، ١٤٣. والمنتخب ٢٧٠ ، ٢٧١.

(٢) انظر: المنتخب ٢٧١.

(٣) في (أ): أرهن.

[وهو منصوص عليه في (المنتخب) [(١)]].

أما وجه المسألة الأولى، فظاهر، وذلك أن الراهن يريد أن يلزم المرتهن ضماناً وهو منكر له، فوجب أن تكون البينة على الراهن، إذ هو المدعي؛ ألا ترى أنه لو ادعى عليه غصباً، أو جناية في الغصب مع قيام عينه، أو جناية في الوديعة،كانت البينة على مدعي الضمان، واليمين على المنكر له؟

وأما المسألة الثانية، فوجهها أن يقع التجاحد بينهما في الدين، والرهن وثيقه[(٢)] الدين، وهو أن يقول المرتهن: كان ديني ألفاً، ورهنك لو كان صحيحاً يساوي تسعمائة، وإذا كان فيه عيب كذا، فهو يساوي ثمانمائة، فلي عليك مائتا درهم، فلا يقر له الراهن بشيء من ذلك، بل يقول: قد كان لك دين ولي رهن، وليس لك عليَّ اليوم إلا مائة درهم، فإن أتى المرتهن بالبينة على ما قال، ثبت ما ادعاه[(٣)]، وإلا كان القول قول الراهن مع يمينه، فأما إن تصادقا في الدين، وقيمة الرهن صحيحاً، ومع العيب، واختلفا في العيب أنه كان حادثاً عند الراهن، أو المرتهن، فيجب أن يكون القول قول المرتهن مع يمينه، وأن تكون البينة على الراهن، سواء كان الرهن باقياً، أو تالفاً ؛ لما[(٤)] بيناه في المسألة الأولى.

مسألة: في الاختلاف على رد الرهن

قال: ولو أن مرتهناً قال: رددت الرهن على الراهن، وأنكره الراهن، كانت البينة على المرتهن، واليمين على الراهن.

[وهو منصوص عليه في (المنتخب) [(٥)]].

وذلك أنه قد ثبت بما تقدم أن الرهن مضمون على المرتهن، وكل من كان الشيء

---

(١) انظر: المنتخب ٢٥٩.
(٢) في (أ): وبقية.
(٣) في (ب): ادعى.
(٤) في (أ): كما.
(٥) انظر: المنتخب ٢٦٠.

في يده على سبيل الضمان، فعليه البينة إذا ادعى رده على صاحبه، كالمستقرض، والغاصب؛ لأنه يدعي سقوط ضمان ثابت عليه، وعلى الراهن اليمين؛ لأنه منكر.

مسألة: في الاختلاف على نوع الرهن

قال: وإذا أخرج المرتهن إلى الراهن ثوباً، فقال: هذا رهنك، فأنكره الراهن، كانت البينة على المرتهن، واليمين على الراهن؛ فإن ادعى الراهن عنده ثوباً آخر، كانت البينة على الراهن، واليمين على المرتهن.

أما في المسألة الأولى، فإن القول قول الراهن /٢٢٥/ مع يمينه، لأنه يدعي أن يكون الثوب الذي أخرجه هو الذي يجب إيفاء الدين بقبضه، والبينة على المرتهن، لأنه يدعي عليه أنه يلزمه الخروج من الدين بقبض هذا الثوب؛ وفي المسألة الثانية القول قول المرتهن مع يمينه، لأن الراهن يدعي عليه ثوباً آخر، وهو منكر له، وهاتان المسألتان مخرَّجتان على ما فيهما[١] من الاضطراب.

فأما لفظ (الأحكام) [٢] قال: «ولو اختلف الراهن والمرتهن، فقال المرتهن: رهنت عندي ثوب وشيٍ، وقال الراهن: رهنت عندك ثوب خز، فالقول قول الراهن مع يمينه، إلا أن يأتي المرتهن ببينة يشهدون على ما ارتهن».

ومعنى هذه المسألة أن يكون للراهن ثوبان: ثوب وشيٍ وثوب خز، وهما حاضران، فيقول الراهن: رهنتك ثوب خز، ويقول المرتهن: رهنتني ثوب وشيٍ، فيكون المرتهن في ثوب وشيٍ مدعياً أنه رهنه، ويكون الراهن منكراً أن يكون رهنه، فلهذا قال: القول قول الراهن مع يمينه؛ لأنه منكر، والمرتهن مُدَّعٍ، فأما في ثوب خز، فالراهن مقر للمرتهن، والمرتهن دافع لإقراره، فيبطل إقرار الراهن، ولا يكون فيه على كل واحد منهما بينة، ولا يمين؛ لأنهما كرجلين أقر أحدهما بحق صاحبه، وصاحبه دافع لإقراره، ومنكر في أنه يبطل إقراره، ولا يلزم واحداً منهما يمين، ولا بينة.

---

(١) في (ب): بهما.
(٢) انظر: الأحكام ٢/١٤١.

باب القول في التسليط على الرهن

مسألة: في التسليط على بيع الرهن

إذا رهن رجل رجلاً رهناً على دين له، وقال له: قد سلطتك على الرهن، فبعه إذا جاء وقت كذا، فباعه المرتهن في ذلك الوقت، جاز بيعه، وإن كان فيه فضل رده على الراهن.

[وهو منصوص عليه في (المنتخب) [1]].

وذلك لأنه توكيل، والمسلط وكيل للراهن في ذلك البيع، فجاز بيعه فيه، وهذا مما لا أعرف فيه خلافاً، ولا في أنه إن كان فيه فضل وجب رده إلى الراهن، لأنه ماله لم يستحقه سواه.

قال: وإن كان الراهن وفّى المرتهن بعض دينه، نقض به التسليط، فإن باع المرتهن بعد ذلك، فعلم به الراهن، وسكت، كان ذلك منه رضا ببيع للمرتهن؛ وقوله: إن إيفاء بعض الدين نقض للتسليط، معناه[2] أنه أمارة نقض التسليط؛ لأنه إنما سلطه حين كان جميع دينه قائماً، فكان الإيفاء أمارة للنقض، ويكره له بيعه بحصول الأمارة، فأما النقض الصحيح، فلم يقع؛ فإن رآه الراهن بعد ذلك يبيعه، فسكت، كان ذلك رضا منه /٢٢٦/ بالبيع؛ لأن سكوته على ذلك يدل على أن الإيفاء لم يكن للنقض، (ولم يقتضه)[3] لأن الإيفاء للبعض لو كان نقضاً، لكان السكوت لا يصحح البيع؛ لأن الغير إذا باع ملكاً لغيره، فلا يصح البيع بسكوت المالك، ولا بد من إجازة تحصل منه زيادة على السكوت.

---

(١) انظر: المنتخب ٢٥١.

(٢) في (أ): معنى.

(٣) ما بين القوسين بياض في (أ).

مسألة: في جعل الرهن ثمناً للدين

قال: فإن قال الراهن للمرتهن: إن جئتك بحقك إلى وقت كذا وإلا فالرهن لك، كان ذلك باطلاً[١].

[وهو منصوص عليه في (الأحكام) [٢]].

وهذا مما لا خلاف فيه؛ لأنه ليس بتمليك صحيح كالبيع، والهبة، وروي أن قول رسول الله - صلى الله عليه وآله وسلم -: «لا يغلق الرهن» ورد في هذا؛ لأن هذا كان عادة في الجاهلية، فأبطله - صلى الله عليه وآله وسلم- بقوله: «لا يغلق الرهن»[٣].

فإن قيل: فأنتم قد جعلتموه على غير هذا.

قيل له: ذلك لا ينافي هذا، فلا يمتنع (أن يكون ورد في هذا)[٤]، وما ذكرناه من أنه يفيد أنه لا يهلك على صاحبه أيضاً مراد؛ لأن الغلاق هو الهلاك، ونحن نذهب إلى أن الخبر إذا ورد في سبب، لم يجب القصر عليه[٥].

مسألة: في بيع الحاكم للرهن

قال: وإن رافع المرتهن الراهن إلى الحاكم، كان للحاكم أن يبيع عليه[٦] رهنه، ويوفي دين المرتهن .

[وهو منصوص عليه في (المنتخب)[٧]].

وذلك أنه منصوب للولاية على المسلمين، وإنصاف مظلومهم من الظالم؛ ولا خلاف أن الولي إذا عضل المرأة، كان الحاكم قائماً مقامه، وإن كانت الولاية حقاً

---

(١) في (أ): كان باطلاً.

(٢) انظر: الأحكام ٢/١٤٢.

(٣) زيادة في (أ): بما فيه.

(٤) ما بين القوسين بياض في (أ).

(٥) في (أ): فيه.

(٦) في (ب): يبيع رهنه.

(٧) انظر: المنتخب ٢٦٤.

للعاضل، فكذلك إذا امتنع من إيفاء الغريم حقه؛ كان الحاكم قائماً مقامه في بيع ملكه عليه ليوفي الغريم حقه، على أنه لا خلاف أنه يبيع الدراهم للدنانير، والدنانير للدراهم، فكذلك سائر الأملاك؛ والمعنى أنه ولي أمرهم لإنصاف المظلوم من الظالم، كما يأخذ الإمام العشور والصدقات ممن امتنع، أو يُجعل أصلاً [يقاس عليه].

وبه قال أبو يوسف، ومحمد، والشافعي.

قال أبو حنيفة: لا يبيع الحاكم، لكنه يحبس الراهن حتى يبيعه.

مسألة: في تلف الرهن عند المنادي

قال: وإن دفع الحاكم الرهن إلى المنادي ليبيعه، فتلف على يديه، ضمنه المرتهن للراهن، وترادا فيه الفضل، وضمنه المنادي للمرتهن.

[وهو منصوص عليه في (المنتخب)[1]].

قلنا: إن المرتهن يضمنه؛ لأنه لم يخرج عن قبضه؛ لأن الحاكم بإذنه دفعه إلى المنادي، فيدُ الحاكم فيه[2] يد العدول، فلا يخرج الرهن[3] عن ضمان المرتهن؛ لأن ولاية الحاكم على[4] الراهن والمرتهن على سواء؛ والمرتهن متى أراد أخذه من الحاكم، أمكنه، فبان أن الشيء بعد على قبضه.

وقلنا: إن المنادي يضمن[5] للمرتهن؛ لأن المنادي أجير مشترك، والأجير المشترك يضمن عندنا ما تلف على يده.

قال: فإن[6] كان الراهن أذن للمرتهن في دفعه إلى من يبيعه، فتلف على يده، لم يضمنه المرتهن، وضمنه /٢٢٧/ المنادي للراهن؛ لأنه أجير مشترك.

---

(١) انظر: المنتخب ٢٧٣.
(٢) سقط من (أ): فيه.
(٣) في (أ): الراهن.
(٤) في (ب): عن.
(٥) في (أ): يضمنه.
(٦) في (ب): وإن.

[وهو منصوص عليه في (المنتخب)[(١)]].

وهذا[(٢)] إذا رضي المرتهن على أن يبيعه الراهن لنفسه، وليتصرف في ثمنه على ما يريد، على ما مضى من[(٣)] القول في المرتهن إذا أذن للراهن في بيع رهنه.

مسألة: في فرار مشتري الرهن المسلّط على بيعه

قال: وإذا سلط الراهن المرتهن على بيع رهنه، فباعه المرتهن، ففر المشتري قبل أن يوفيه الثمن، كان حق المرتهن على الراهن .

[وهو منصوص عليه في (المنتخب) [(٤)]].

وذلك أن المرتهن قد أوجب فيه قبضاً لغيره بإذن البائع، فخرج عن قبض المرتهن، وقد قلنا: إن خروجه عن قبض المرتهن يوجب انفساخ الرهن؛ لذلك قلنا: إن حق المرتهن يكون على الراهن.

فإن قيل: ألستم قلتم: إن الحاكم لو دفعه للبيع إلى المنادي، فضاع من يده، يكون على ضمان المرتهن، فما الفرق؟

قيل له: لأنا قد بينا في تلك المسألة أن الرهن بعدُ لم يخرج عن قبض المرتهن؛ لأنه يملك[(٥)] رده إليه، فلحقه التلف وهو رهن، وفي هذه المسألة قد خرج عن كونه رهناً؛ لأنه قد خرج عن قبضه بحصول استحقاق قبض الغير، ومذهب أبي حنيفة وأصحابه أيضاً مثل مذهبنا في أن المرتهن متى أوجب فيه حق القبض لغيره، خرج عن كونه رهناً.

---

(١) انظر: المنتخب ٢٧٣.

(٢) في (ب): وكذا.

(٣) سقط من (ب): من.

(٤) انظر: المنتخب ٢٦١.

(٥) في (أ): يضمن.

باب القول فيما يُحدث الراهن في الرهن

مسألة: في الإحداث في الرهن

ليس للراهن أن يحدث في الرهن شيئاً من مكاتبة، ولا تدبير، ولا بيع، ولا صدقة، ولا هبة، ولا نكاح، ولا مؤاجرة.

[وهو منصوص عليه في (الأحكام) [١]].

والوجه في هذا: ما أجمع عليه من أن الراهن ليس له أخذ الرهن من المرتهن على وجه يخرجه عن[٢] كونه رهناً، إلا بإيفاء الدين، أو بإبراء المرتهن له، أو رضا المرتهن بفسخ الرهن، وقد ثبت بما بيناه أن بطلان قبض المرتهن مخرج للرهن من كونه رهناً، وكل هذه الأشياء مما تبطل قبض المرتهن لاستحقاق قبض غيره، فوجب ألا يصح ذلك من الراهن؛ لأن في صحته صحة أخذ الرهن من المرتهن على وجه يوجب إخراجه من الرهن، وذلك فاسد، وأيضاً لو أجزناه للراهن، لم يكن لأخذ الرهن فائدة، ولم يكن الرهن[٣] توثقة للمرتهن؛ لأن الراهن إذا جاز[٤] له أن يتصرف فيه، خرج الرهن عن معناه.

مسألة: في بيع الراهن الرهن

قال: فإن باعه بإذن المرتهن، صح البيع.

[وهو منصوص عليه في (المنتخب) [٥]].

أما إذا باعه بإذن المرتهن، فلا خلاف في صحة البيع؛ لأنهما إذا تراضيا فيه بالفسخ،

---

(١) انظر: الأحكام ٢/١٤٠.
(٢) في (أ): من.
(٣) في (أ): للرهن.
(٤) في (أ): قال.
(٥) انظر: المنتخب ٢٦٤.

أو البيع، أو غيرهما، جاز ذلك؛ وأما إذا باعه بغير إذن المرتهن، فالأقرب على أوضاعنا أن البيع يقف على التسليم؛ ويكون ذلك كالعيب فيه، كما نقول في بيع المغصوب، والآبق، وبيع /٢٢٨/ المستأجر، فإن شاء المشتري، صبر إلى حين يمكن التسليم، وإن شاء، فسخ البيع، وهذا معنى قوله: إن البيع فاسد، أي غير مستقر، فللمشتري إفساده، وهذا إذا كان كالعيب في إمكان الرد، فهو أوكد من العيب؛ لأن من اشتراه مع علمه بالعيب، لم يكن له رده، ومن اشتراه وهو مغصوب، أو مرهون، أو آبق، وهو يعلم، أمكنه الفسخ إذا تعذر التسليم، والفرق بين هذا وبين العيب: أن المعيب إذا قبضه المشتري، فقد تم له ملكه، والمغصوب ونحوه مما إذا تعذر تسليمه، لم يتم فيه ملك المشتري، ولا يجب عليه توفية الثمن إلا مع التسليم، فمتى لم يتم ذلك، كان له فسخ البيع، وإن كان دخل فيه مع العلم، كما أن مشتري المغصوب إن دخل في الشراء مع العلم بأنه مغصوب، وأعطى الثمن، له الرجوع في الثمن؛ لأن استحقاق البائع للثمن لم يحصل؛ ويبين أن الأقرب من مذهبه في البيع ما ذكرناه: أنه قال في مسألة العتق: لو أعتق عبداً يساوي ألفاً، وهو رهن بألف، لم يعتق حتى يؤدي الراهن ما عليه، ولو أراد بعد العتق، وقبل الفك، بيعَه، أو هبتَه، لم يجز ذلك، فمنع من البيع للعتق، وكذلك[1] الهبة، دون كون الرهن رهناً، فدل ذلك على ما قلناه من أن كونه رهناً لا يمنع من البيع، ويكون كالعيب فيه، وكذا يجب أن[2] يكون بيع المستأجر.

مسألة: في عتق العبد المرهون على أقل من قيمته

قال: ولو أن رجلاً أعتق عبداً رهنه على ألف، وهو يساوي ألفين، والرجل موسر، عتق العبد، ووجب عليه الخروج من حق المرتهن، أو إبداله رهناً آخر؛ وإن كان معسراً، عتق العبد بمقدار الفاضل عن الدين، ونُجِّم على الراهن مال المرتهن على حسب ما يمكنه، فإن أدى ما عليه، عتق العبد.

---

(١) في (أ): من الهبة.

(٢) سقط من (أ) يجب أن.

[وهو منصوص عليه في (المنتخب)[(١)]].

وقول أبي حنيفة: إن عتق الراهن ينفذ على كل حال، ثم ينظر فيما يلزم الراهن للمرتهن من الإيفاء، أو الإبدال، أو ما يلزم العبد من السعاية، فأما العتق، فواقع تام عنده.

وأما الشافعي، فحكى ابن أبي هريرة عنه في هذا الباب ما يطول شرحه، وجملته أنه مرة يجعل الموسر على قول واحد في نفوذ عتقه، ويجعل المعسر على قولين، ومرة[(٢)] يجمع بين المعسر والموسر في أنهما على قولين.

ووجه ما ذهبنا إليه: ما بيناه من أن الراهن ممنوع من التصرف في الرهن على وجه يخرجه من كونه رهناً، [وأنه] يبطل قبض المرتهن، وكان القياس ألا يجوز عتقه؛ لأنه يؤدي إلى إبطال رهنه، إلا أنا وجدنا للعتق مزية قوية على سائر ما ذكرنا جوازه مع[(٣)] الأخطار، ومع الجهالة، ولنفوذه في /٢٢٩/ نصيب الشريك بغير رضاه، ولنفوذه في البيع الفاسد، ولأنه لا يرتفع بعد حصوله في دار الإسلام، ثم وجدنا للرهن في تعلق حق المرتهن به مزية قوية، وذلك أن مالكه ممنوع من التصرف فيه، ولا خلاف أن الموت لا يبطله بمصيره إلى الوارث، فإن المرتهن أولى به من سائر الغرماء، إن مات صاحبه مفلساً، أو فلسه الحاكم، وكذلك إن باعه الحاكم عليه، كان المرتهن أولى به من سائر الغرماء، ولم يكن حكمه حكم سائر أملاك المرتهن؛ لهذه المزية التي ذكرناها، فلما اجتمع هذان الأمران، أوجبنا تعلق العتق على الفاضل عن الدين لقوة العتق، ولم نوجب تعلقه على ما دونه لقوة حق المرتهن.

ثم قلنا: إن كان الراهن مؤسراً، استقر العتق في ذلك القدر، وسرى؛ لأن حق المرتهن ليس بأقوى من حق الشريك، وألزمنا الراهن الخروج عن حقه، أو إبدال رهن مكانه، كما يلزمه أن يغرم حق شريكه لو أعتق ما فيه شركة لغيره، وكما أن الراهن

---

(١) انظر: المنتخب ٢٥٤.

(٢) في (أ): تارة.

(٣) في (أ): من.

لو قتله، لغرم قيمته، ولزمه أن يجعله بدلاً للرهن، وكذلك لو قتله غير الراهن، فغرم قيمته، تعلق بها حق المرتهن، وهذه المسألة مما لا[1] يختلف فيه قولنا وقول أبي حنيفة وأصحابه، وهو الأظهر عن الشافعي، أعني إيجاب العتق دون سائر الشروط.

وحكي للشافعي قول آخر، وهو أنه لا يعتق، فإن سئلنا عن ذلك القول، كان تحرير العلة أن نقول: هو موسر أولى ببعض المملوك من غيره لكونه مالكاً، فأشبه الشريك الموسر إذا أعتق نصيبه في أن العتق ينفذ.

قال: وإن كان معسراً ، أعتق العبد بمقدار ما فضل عن الرهن، ونُجِّمَ على[2] الراهن مال المرتهن على حسب ما يمكنه، فإذا أدى ما عليه، عتق العبد.

[وهو منصوص عليه في (المنتخب) [3]].

معنى قولنا: إذا أدى ما عليه، عتق العبد، أنه يرتفع حبس العبد[4]، وإلا فالعتق حاصل لنفوذه في الفاضل عن الرهن، فهذه المسالة كالأولى، ولا فرق بينهما إلا في تنجيم ملك المرتهن على الراهن.

ووجهه: أنه بالسعاية أولى من العبد؛ لأن العبد يحتبس بحقه، لا بقيمة نفسه، ولأن العبد أيضاً لو سعى، لرجع عند أبي حنيفة على المعتق، فكان المعتق بذلك أولى، ولا خلاف بيننا وبين أبي حنيفة في وجوب عتقه.

وللشافعي فيه قولان، ونحن إذا بينا أن حكمه حكم الشريك، فلنا[5] فيه طريقان:

أحدهما: أنا ندل على أن الحرية لا تتبعض، وذلك نبينه في كتاب العتق.

والثاني: أنا نقيس المعسر على /٢٣٠/ الموسر، إذ مذهب الشافعي أن المعتق[6] إن

---

(١) في (أ): مما يختلف.
(٢) سقط من (أ): على.
(٣) انظر: المنتخب ٢٥٤.
(٤) في (أ): الرهن.
(٥) في (أ): قلنا.
(٦) سقط من (ب) أن المعتق.

كان موسراً، عتق العبد، وضمن نصيب شريكه، وإن كان معسراً، تبعض العتق، فيعتق نصيب المعتق، وسنبين فساده في كتاب العتق.

ووجه بقائه في يد المرتهن إلى أن يستوفي حقه: أنه اجتمع فيه حقان: حق الحرية، وحق الاحتباس، فلم يسقط واحد منهما لقوة كل واحد من الحقين على ما بيناه.

مسألة: في عتق العبد المرهون على قيمته أو أكثر

قال: وإن رهنه على ألف، وهو يساوي ألفاً[1] أو ثمانمائة، ثم أعتقه، لم يعتق حتى يؤدي الراهن حق المرتهن، فإن أراد الراهن بعد العتق، وقبل الفك، بيعه، أو هبته، لم يجز ذلك.

[وهو منصوص عليه في (المنتخب)[2]].

وهذا لا خلاف [فيه] بيننا وبين أبي حنيفة. وللشافعي فيه قولان، وهذا يشبه المدبر، والمعتَق على شرط فينتظر، في أن عتقه يقف، ولا ينفذ في الحال، وذلك أن تصرفه غير جائز، والمرتهن أولى به، وبقيمته إن استهلكه مستهلك، وبثمنه إن باعه الحاكم، والراهن ممنوع منه من كل وجه، فوجب ألا ينفذ فيه عتقه، ولقوة العتق والحرية أوجبنا ألا يبطل، ويقف على افتكاكه، كالمدبر، والمعتق على شرط منتظر.

وقلنا: إنه يمنع من بيعه وهبته - وإن كنا نجوز بيع المدبر عن ضرورة - لأنه أقوى من التدبير، والعتق على الشرط؛ لأنه لفظ منع من حصول العتق، وههنا المانع منه لم يقع مع لفظ العتق، وإنما هو حكم منع من حصول العتق، مع أن سبب العتق قد حصل، فأشبه أم الولد في أن مالكها ممنوع من بيعها وهبتها على كل وجه.

قال: ولا يجوز له أن يؤخر افتكاكه مع القدرة عليه، فإن أخره، أجبر على افتكاكه. وذلك لأنه أجتمع عليه حقان يتعلقان بفعله:

أحدهما: وجوب الدين، والثاني: العتق، فلا يشبه هذا[3] أم الولد؛ لأن عتقها لا يتعلق بفعله، وكذلك المدبر، فلا يلزم ذلك على ما قلناه.

---

(١) في (أ): ألفاً وثمانمائة.

(٢) انظر: المنتخب ٢٥٤.

(٣) سقط من (ب): هذا.

قال: وإذا أدى حق المرتهن عتق العبد؛ لأنا قد بينا أن المانع من استقرار العتق كونه رهناً، فإذا خرج عن كونه رهناً بتوفير الحق على المرتهن، وجب أن يعتق إذ المانع قد زال.

[وهذا وما قبله منصوص عليه في (المنتخب)[1]].

---

(١) انظر: المنتخب ٢٥٥.

باب القول في جناية الرهن

مسألة: في العبد المرهون يقتل المرتهن

قال: ولو أن رجلاً رهن عبداً، فقتل العبدُ المرتهن، انتقض الرهن، وطالب ورثة المرتهن الراهن بما عليه من الحق، وحكم على العبد بما يحكم على العبد القاتل /٢٣١/ عمداً أو خطأ.

[وهو منصوص عليه في (المنتخب)(١)].

معنى قوله: انتقض الرهن، أن ورثة المرتهن استحقوا رقبته إن كان القتل عمداً، وإن كان خطأ أيضاً، استحق(٢) الورثة الرقبة إن لم يَفده الراهن بالدية، فيكون الرهن منتقضاً على الوجهين على ما بيناه، ولا ينتقض إن كان القتل خطأ، وفداه الراهن بالدية، ولورثة المرتهن المطالبة بديتهم؛ لأنهم لا يضمنون جناية الرهن على ما نبينه.

مسألة: في العبد المرهون يقتل غير المرتهن

قال: وكذلك إن قتل أجنبياً عمداً أو خطأ، حكم على العبد بذلك، ولم يضمنه المرتهن. [وهو منصوص عليه في (المنتخب) (٣)].

اعلم(٤) أن الوجه في أن المرتهن لا يضمن جناية العبد المرهون: هو أن جناية العبد في الحكم كأنها جناية سيده؛ لأنه يلزمه غرمها؛ ألا ترى أنه لو قُتل، كان ذلك تلفَ ماله، وكذلك إن استرقه المجني عليه، أو فداه الراهن بالدية، أو سَرق فقطعت يده، كان ذلك غرماً يلحق مال السيد، كما يلحقه بجنايته؟ ألا ترى أنه لو كان ولده بدلاً منه، لم يلحقه شيء من ذلك؟ فبان أن جناية العبد في الحكم كأنها جناية سيده؛ فإذا

(١) انظر: المنتخب ٢٥٣.

(٢) في (ب): استحقوا الرقبة.

(٣) انظر: المنتخب ٢٥٣.

(٤) في (أ): واعلم.

كان ذلك كذلك، لم يكن لتضمين الراهن للمرتهن ما هو جار مجرى فعله معنى، كما أن الراهن لو كان المتلف له، لم يضمنه المرتهن، فلهذا أسقطنا الضمان في ذلك عن المرتهن.

ويدل على ذلك قوله - صلى الله عليه وآله وسلم -: «لصاحبه غُنْمه، وعليه غرمه». وهذا غرم الرهن، فيجب أن يكون على سيده، كما أن العبد لو اكتسب، لكان ذلك الغُنْم لسيده، كذلك إذا غرم بالجناية، كان الغرم على سيده.

قال: وإن كان الراهن معدماً، انتظر بالعبد إلى أن يجد الراهن ما يوفر على المرتهن، فإذا وجد ذلك، حكم على العبد بما يلزمه من قتل أو غيره.

[وهو منصوص عليه في (المنتخب)[1]].

ووجهه: أنهما حقان تعلقا به على وجه واحد؛ لأنهما حقان تعلق برقبته، فكان تقديم[2] ما ليس فيه إفاتة النفس أولى، كالحدين إذا اجتمعا على رجل، وكان في أحدهما إفاتة النفس، كان تأخيره أولى، كأن سرق، وزنى وهو محصن، وذلك أن النفس إذا فاتت، بطل الحق بالذي هو غير إفاتة النفس، وليس يلزم عليه الفقير الذي عليه الدين، ويقتل عمداً، في أن القتل يقدم؛ لأن الحقين لم يتعلقا به على وجه واحد؛ لأن القود تعلق برقبته، والدين[3] تعلق بذمته، ونحن إنما قلنا ذلك في الحقين المتعلقين به على وجه واحد. ألا ترى أن المعدم بعد القتل يجوز أن يظهر له مال يوفي ذمته؟ وإذا قتل العبد، بطل حق المرتهن المتعلق برقبته من الاحتباس والتوثقة، فأما إذا كان القتل خطأً، فهو مثله؛ لأنه لم يفرق بينهما أحد، /٢٣٢/ ولأنه أيضاً في حكم إفاتة النفس في معنى بطلان حق المرتهن من التوثقة والاحتباس بحقه، إلا أن يفديه صاحبه بالدية، فله ذلك، ويبقى العبد رهناً، فلا يكون على المرتهن ضرر.

---

(١) انظر: المنتخب ٢٥٣.

(٢) في (أ): تقدم.

(٣) في (أ): والذي.

مسألة: في العبد المرهون يسرق

قال: ولو أن رجلاً ارتهن عبداً، فاغتصب[١] العبد مالاً لرجل، واستهلكه، كانت جنايته على الراهن، و لم يضمنها المرتهن.

[وهو منصوص عليه في (المنتخب)[٢]].

ووجهه: هو ما مضى من أن جنايته في الحكم كأنها جناية سيده؛ لرجوع غرمها عليه، كما يرجع بفعله، فلا وجه لإعادته، وباقي الباب على هذا، فلا معنى لذكر[٣] تفاصيله.

مسألة: في عتق الراهن عبده المرهون

قال أيده الله: والذي اختاره في الراهن[٤] إذا أعتق عبده المرهون أن العبد يعتق على كل وجه، كما ذهب إليه أبو حنيفة؛ لأن حق المرتهن ليس بأوكد من حق الشريك في ملكه، فإذا نفذ العتق في حق الشريك مع أنه حق الملك، كان نفوذه في حق المرتهن أولى.

تضمين المرتهن فوائد الرهن يقوى من جهة النظر إن كان به قائل قبل يحيى بن الحسين - عليه السلام - لكنه يضعف عندي؛ لأني لا أعرف قائلاً به قبله.

معنى قولنا: إن الشيء مضمون على الإنسان أنه إن تلف، تلف من ماله، ثم ينظر في الضمان، فربما كان ضمان مثله، وربما كان ضمان قيمته، وربما كان ضمان الشيء من الثمن، أو الأجرة.

فإن قيل: إن معناه أن عليه غرم تلفه، ثم الغرامات تختلف، كانت العبارة أجود؛ لأنه قد يدخل فيه النفس المضمونة بالقصاص والدية، وكذلك الخراج المضمون، وغير ذلك.

---

(١) في (ب): واغتصب.

(٢) انظر: المنتخب ٢٦٠.

(٣) في (ب): معنى لتفاصيله.

(٤) في (أ): الرهن.

كتاب



باب القول في المغصوب يؤخذ بعينه

مسألة: في البناء والغرس في المغصوب

لو أن رجلاً غصب أرضاً، فبنى فيها، أو غرس أشجاراً، كان صاحب الأرض أولى بأرضه، وحكم على الغاصب بنقض بنائه، أو قلع غرسه، وإبعادهما عن الأرض.

[وهذا منصوص عليه في (الأحكام)[1]].

وذلك لقوله - صلى الله عليه وآله وسلم -: «من أحيا أرضاً ميتة، فهي له، وليس لعرقٍ ظالمٍ حق»[2].

وعن عروة بن الزبير، عن أبيه، عن النبي - صلى الله عليه وآله وسلم - مثله، رواه الكرخي[3].

قال عروة: حدثني صاحب هذا الحديث أنه رأى رجلين من بني بياضة يختصمان إلى النبي - صلى الله عليه وآله وسلم - في أرض لأحدهما، وللآخر فيها نخل، فقضا لصاحب الأرض بأرضه، وأمر /٢٣٣/ صاحب النخل أن يُخرِج نخله عنها، ولقد رأيته يُضرب بالفؤوس.

وهذا مما لا خلاف فيه بين المسلمين.

مسألة: في زرع المغصوب

قال القاسم - عليه السلام -: فإن زرعها، قضا لصاحب الأرض بالزرع، وللغاصب ما غَرم في الزرع.

---

(١) انظر الأحكام: ١٥٣/٢.

(٢) أخرجه الترمذي ٦٦٢/٣، والبيهقي ١٤٢/٦، وأبو داود ١٧٨/٣، والنسائي ٤٠٥/٣ عن سعيد بن زيد ، وفي بعضها: لعرق السهو حق.

(٣) ورواه البيهقي ١٤٢/٦.

فكان أبو العباس - رضي الله عنه - يحمل هذا على موافقة ما دلت عليه أصول يحيى - عليه السلام - من أن الزرع للزارع، ولصاحب الأرض عليه كراء المثل، (وكان يقول: إن المراد بقوله: الزرع لصاحب الأرض هو المثل)[1]، والمراد بقوله: وللغاصب ما غرم، أي ما فضل عن كراء المثل، وهذا وجه؛ ويجوز[2] أن يكون ذهب إلى ظاهر ما روى رافع بن خديج عن النبي - صلى الله عليه وآله وسلم -: «من زرع في أرض قوم بغير إذنهم، فليس له من الزرع شيء، وترد عليه نفقته»[3]. وروي: «له نفقته، وليس له من الزرع شيء»[4]. فهذا يحتمل أن يكون أراد من زرع بذر قوم بغير إذنهم في أرضهم، وأن يكون المراد له نفقته إن كانوا أذنوا له بعد ذلك في النفقة؛ وتأول ذلك أصحاب أبي حنيفة، فقالوا: معناه ليس له من الزرع، كما له فيما زرعه في أرضه، أو في أرض أباح صاحبها له زرعها، لأن عليه أن يتصدق بالزرع، ويبعد وجوب التصدق به إذا كان البذر له، لأن ملكه لم يتجدد عليه فيقال: إنه ملكه من وجه محظور، وإنما هو قد زاد على أحوال محظورة، وذلك كجارية صغيرة يربيها بالحرام لا يلزمه التصدق بها، ونظائر ذلك كثيرة.

وقال أبو حنيفة: لا كراء على الغاصب لما استهلك من منافع المغصوب. ودلت أصول يحيى - عليه السلام - على إيجاب الكراء، وبه قال الشافعي.

ووجهه: أن المنافع يجوز فيها الإباحة والاستعاضة عليها، فوجب أن يلزم العوض باستهلاكها، دليله الأصول.

فإن قيل: فيلزمكم أن توجبوا على من وطئ جاريةَ غيره مهرَ المثل، كما أوجبتم على من سكن دار غيره كراء المثل.

قيل له: هذا لا يلزم على علتنا؛ لأنا عللنا بأن قلنا: تصح فيها الإباحة، والإباحة لا

---

(١) ما بين القوسين سقط من (أ).
(٢) في (أ): قد يجوز.
(٣) أخرجه أحمد ١٤١/٤، والبيهقي ١٣٦/٦، وأبو داود ٢٦١/٣، وابن ماجة ٨٢٤/٢.
(٤) أخرجه الترمذي ٦٤٨/٣، والطيالسي ١٢٩/١ عن رافع أيضاً.

تصح في الوطء، على أن منفعة البضع لا تشبه سائر المنافع؛ ألا ترى أن من ملك البضع بعقد صحيح، ثم لم يطأ، وبقي مدة، وطلق، لا تستحق مهر المثل؟ وكذلك عندنا لو مات، وليس كذلك سائر المنافع؛ لأن من استأجر داراً مدة، ولم يسكنها، استحق عليه الكراء، فدل ذلك على أن استحقاق عوض الوطء على خلاف استحقاق أعواض سائر المنافع؛ لأن عوض البضع لا يستحق إلا بالوطء من عقد صحيح أو شبهه، وليس كذلك سائر المنافع؛ /٢٣٤/ ألا ترى أن المرأة لو رضيت أن تتزوج وتوطأ بغير مهر، لم يصح ذلك، ووجب فيه المهر؟ على أن المهر ليس هو عوض عن الوطء؛ لأنه سواء وطئ مرة، أو ألف مرة، فإنما يجب مهر واحد، فبان أنه عوض الوطء الأول الواقع على الاستباحة.

فإن قيل: فيلزمكم على علتكم الحر إذا احتبس، ومُنع التصرف، أن يلزم له كراء المثل.

قيل له: لا يلزم ذلك، لأنا قسنا المنافع على أصولها، والحر لا يصح فيه الإباحة بالاعتياض عليه، فلم يجب أن نقيس عليه منافعها، على أن منافع الحر لا يصح فيها الإباحة.

فإن قيل: روي عن النبي - صلى الله عليه وآله وسلم - أنه قال: «الخراج بالضمان»(١). فإذا ضمن الغاصب المغصوب، فيجب أن تكون منافعه له.

قيل له: ليس من مذهبكم أن المنافع تكون للغاصب، وإنما تقولون: إنه لا يضمنها بالاستهلاك، فلم تقولوا بموجَب الخبر في هذا الموضع، ولم يقل به أحد من الأمة، فبان أن المراد به(٢) غير ما ذهبتم إليه.

فإن قيل: المنافع ليست مالاً، فلا يستحق عليها العوض بالإتلاف.

قيل له: فيلزمكم ألا يستحق عليها العوض بالعقد، على أن من فتق ثوباً مخيطاً لغيره، أو نقض باباً منحوتاً، فلا خلاف أنه يضمن ما أتلف من المنافع، فقد بطل

---

(١) أخرجه ابن حبان ١١/٢٩٨، والحاكم ٢/١٨، والترمذي ٣/٥٨١، وأبو عوانة ٣/٤٠٤، والنسائي ٤/١١ عن عائشة .

(٢) في (أ): المراد غير.

قولكم: إنها لا تستحق عليها الأعواض بالإتلاف، على أن هذا يمكن أن نجعله أصلاً نقيس عليه بأن نقول: إنها منافع أعيان مملوكة، فيجب أن تضمن بالإتلاف، كفتق الثوب، ونقض الباب، ولا يلزم منافع ولد المغرور؛ لأنه حر، ومنافع الحر لا تضمن بالاستهلاك لما بيناه؛ لأن منافعه مخالفة لأصلها، ولا تصح فيها الإباحة.

مسألة: في البناء على الخشبة المغصوبة

قال: ولو أن رجلاً اغتصب خشبة، ثم بنى عليها، قُضي على الغاصب بتسليم الخشبة إلى صاحبها، ونقض ما بنى عليها إن كان لا يمكن ذلك إلا بنقضه.

[وهو منصوص عليه في (المنتخب)[1]]. وبه قال الشافعي.

قال أبو حنيفة وأصحابه: لا يجب تسليمها إذا لم يتم إلا بنقض البناء، ولصاحبها /٢٣٥/ القيمة.

والدليل على ما ذهبنا إليه: قوله – صلى الله عليه وآله وسلم –: «ليس لعرق ظالم حق». وقوله: «على اليد رد ما أخذت»[2]. وقول الله تعالى: ﴿لَا تَأْكُلُوا أَمْوَالَكُم بَيْنَكُم بِالْبَاطِلِ﴾(النساء: ٢٩)، وقوله: ﴿وَآتُوا الْيَتَامَى أَمْوَالَهُمْ﴾(النساء:٢)، وقد يكون ذلك لليتيم، وقال: ﴿وَآتُوا النِّسَاءَ صَدُقَاتِهِنَّ نِحْلَةً﴾(النساء:٤)، وقد يكون ذلك صداقاً، وهو قياس ما لم يُبنَ عليه بعلة أنه ملك الغير، لم يجر فيها مغنم، ولا هبة، ولا بيع، ولا إجارة، ولا يؤدي إلى إتلاف النفس، أو الخوف منه، وبهذا ينفصل عن الخيط[3] يخاط به الجرح، أو اللوح تركب عليه[4] السفينة، فيطالب به صاحبه في اللجة، لأن هذين يؤديان إلى تلف الناس، أو يُخاف ذلك، أو يقال: إنه مال مغصوب قائم بعينه لا يؤدي أخذه إلى تلف النفس، أو الخوف منه.

---

(١) انظر المنتخب ٣٠٨.

(٢) أخرجه الحاكم ٥٥/٢، والترمذي ٥٦٦/٣، والدارمي ٣٤٢/٢، وأبو داود ٢٩٦/٣، عن سمرة بن جندب بلفظ: على اليد ما أخذت حتى تؤديه.

(٣) في (أ): ينفصل الخيط.

(٤) في (أ): عليها.

فإن قيل: لو ألزمناه نقض البناء، كنا قد أدخلنا عليه ضرراً لا يستحق.

قيل له: ليس كذلك؛ لأن ذلك القدر من الضرر مستحق[١] عليه؛ ألا ترى إلى ما روي أن النبي – صلى الله عليه وآله وسلم – أمر بقلع النخل[٢] عن الأرض المغصوبة؟ وذلك مما يلزم الغاصب فيه ضرر، لكنه مستحق لحق المغصوب منه؛ ولا خلاف في أن من زرع أرضاً مغصوبة يجب قلع الزرع، وذلك مما يضر بالغاصب، إذا لم يمكنه تخليص المغصوب إلا بضرر يدخله على نفسه، وهكذا لو بنى في أرض مغصوبة، لزمه نقض بنائه.

فإن قيل: فإنه بناه على ملكه، فهو غيرُ متعد، فلا يجوز إلزام نقضه.

قيل له: بناه على ملكه وملك غيره، وهو الخشبة المغصوبة، فكان قياسه قياس من[٣] بنى بناءً[٤] بعضه على ملكه، وبعضه على ملك غيره[٥] إذا لم يتم له تسليم أرض جاره إلا بنقضه كله، يلزمه نقضه.

قال: وكذلك إن كان الغاصب دفعها إلى غيره، فبنى عليها عالماً بأنها مغصوبة، أو غير عالم بذلك، يقضى بالخشبة لربها، وإن كان الباني[٦] لم يعلم أنها غصب، وغره الغاصب، رجع على الغاصب بقيمة ما فسد من بنائه.

[وهو منصوص عليه في (المنتخب) [٧]].

أما وجوب رد الخشبة، فقد مضى الكلام فيه، فلا وجه لإعادته، والباني[٨] أيضاً

(١) في (ب): يستحق.
(٢) في (ب): النخيل.
(٣) في (أ): ما.
(٤) في (أ): ما بنى.
(٥) في (ب): جاره.
(٦) في (أ): الثاني.
(٧) انظر المنتخب: ٣٠٨.
(٨) في (أ): الثاني.

غاصب كالأول[١]، علم، أو لم يعلم، إلا في المآثم، فلا[٢] إثم عليه إذا لم يعلم.

وأما رجوعه على الغاصب بقيمة ما فسد إذا لم يعلم بأنه مغصوب، فهو ما نذكره في باب ولد المغرور، وقياسٌ عليه.

مسألة: في اغتصاب المدبَّرة وأم الولد

قال: ولو أن رجلاً اغتصب أمة مدبرة، ثم أولدها، كان الولد مدبراً كالأم، و لم /٢٣٦/ يلحق نسبه بالواطئ؛ ولو كانت المغصوبة أم ولد ، كان الولد في حكم الأم، يعتق بعتقها، و لم يلحق نسبه بالواطئ، وعليه حد مثله، ولا عقر عليه، والعقر والحد لا يجتمعان.

[وهو منصوص عليه في (الأحكام) و(المنتخب) [٣]].

قلنا: إن ولد الأمة المدبرة، وأم الولد، يكون في حكمهما[٤]؛ لأن الولد يكون في حكم الأم في العتق، والرق، والحرية، لا خلاف فيه، إلا ولد أم الولد من سيدها؛ لأنه يكون حراً، لأن الأب لا يَملك ولده، ومنعنا لحوق النسب، لأن الواطئ زان، وقد قال النبي - صلى الله عليه وآله وسلم -: «الولد للفراش، وللعاهر الحجر». وهو مما لا خلاف فيه.

وأوجبنا الحد؛ لارتكابه الزنى بغير شبهة، و لم نوجب العقر؛ لأن العقر لا يجب إلا بوطء يقع في عقد صحيح، أو شبهة عقد؛ لأن ما خلا من ذلك يكون زنى محضاً، ولا خلاف أنه لا مهر في الزنى إذا لم يعرض فيه معنى آخر؛ ومنعنا اجتماع العقر والحد لهذه العلة؛ لأن الحد يجب في الزنى المحض، والمهر لا يجب فيه.

---

(١) في (ب): غاصب علم.

(٢) في (ب): فإنه لا إثم عليه إذا لم يعلم.

(٣) انظر الأحكام: ١٥٣/٢، انظر المنتخب: ٣٠٣ ، ٣٠٤.

(٤) في (أ،ب): حكمها.

مسألة: في ذبح المغصوب

قال: ولو أن رجلاً اغتصب ناقة فنحرها، أو بقرة فذبحها، أو غيرهما من الطيور ونحوها، كان صاحبه بالخيار، إن شاء، أخذه مذبوحاً، وإن شاء، أخذ قيمته، وأخذ قيمة ما نقَّصه الذبح، وإن شاء، ضمن قيمته حياً.

[وهو منصوص عليه في (الأحكام) و (المنتخب)[(١)]].

ووجه قول أصحابنا: إنه إن شاء، أخذه على ما به، وإن شاء، ترك، وأخذ قيمته حياً: أن الغاصب لم يتلف عينه، بل العين باقية، ولم يتلف من أجزائه ما يجوز أن يكون له قيمة، وإنما استهلك بعض منافعه، فإذا أمكننا أن نعيد الفائت من المنافع، كأنه لم يفت، بأن نعطيه قيمته حياً، إلا أن يرضى بأخذه مذبوحاً.

مسألة: في خياط الثوب المغصوب

قال: فإن اغتصب ثوباً، فقطعة قميصاً، أو غير قميص، كان صاحبه بالخيار، إن شاء، أخذ الثوب على ما وجده مخيطاً، أو مقطوعاً غير مخيط، وإن شاء، أخذ قيمته صحيحاً.

[وهو منصوص عليه في (الأحكام)[(٢)]].

وعند أبي حنيفة: يأخذه، ويأخذ ما نقصه القطع من الغاصب إن شاء، وإن شاء، سلمه إلى الغاصب وضمَّنه قيمته صحيحاً.

قال الشافعي: ليس له إلا أخذه وأخذ قيمة النقصان. قال أبو حنيفة: إن كان خاطه، فليس لصاحبه عليه سبيل، ويأخذ قيمته صحيحاً.

اعلم أن ما مضى من الكلام في المسألة الأولى هو الكلام في هذه المسألة، ونحن نزيده إيضاحاً، فنقول: إن الذبح والقطع ليس بإفساد، بل ربما يتعلق الغرض بهما في

---

(١) انظر الأحكام: ٢/١٥١. والمنتخب: ٢١٩ - ٢٢٠.

(٢) انظر الأحكام: ٢/ ١٥٢ ، ١٥٣.

الأكثر الأعم، فإذا اختار المغصوب منه /٢٣٧/ أخْذَه، فكأنه رضي بالذبح والقطع، فلا وجه لتضمينه للغاصب قيمة النقصان، وأما إذا لم يختر ذلك، فنقول في المسألتين إنه يسلمها إلى الغاصب، ويأخذ قيمة كل واحد منهما صحيحاً؛ لأن الغاصب قد أتلف الكثير من منافعهما بالذبح والقطع، والغرض في العين هي المنافع؛ يدل على ذلك أن من غصب عبداً، أو فرساً، وماتا في يد الغاصب، ضمن القيمة؛ لفوات عامة منافعهما، ولأن المذبوح مع قيمة ما نقصه الذبح قد لا يسد مسد الحي في المنافع المبتغاة، وكذلك الثوب المقطوع مع قيمة ما نقصه القطع قد لا يسد مسد الثوب الصحيح، فلا يمتنع أن يكون غرضه قد فات بما حصل فيهما من الذبح والقطع، إذ قد فاتت عظم منافعهما، فوجب ألا يلزم صاحبهما أخذهما، بل جعلنا له تسليمهما إلى الغاصب وأخذ قيمتهما حياً وصحيحاً؛ فإن قاسه الشافعي على الشق اليسير في أن صاحب الثوب لا يمكنه أن يدفعه إلى الغاصب، ويُضَمِّنه القيمة وهو صحيح، لم يصح ذلك؛ لأن الشق اليسير لم يفت أكثر منافعه، وإن فات اليسير منها، فلم يبطل أكثر الأغراض المتعلقة بالثوب، ألا ترى أن من أخذ عبداً فشجه موضحةً، أو حيواناً فجرحه، لم يكن لصاحبهما إلا ما نقصهما، ولو قتلهما الغاصب، كان لصاحبهما القيمة؟

فأما ما قال أبو حنيفة من أن الغاصب إن كان خاطه حين قطعه - يعني الثوب - فلا سبيل لصاحبه عليه لفوات أكثر منافعه، فلا معنى له، وذلك أن الخياطة لم تفت من المنافع[1] إلا ما أفاته القطع، بل زاد، وهو متبرع في الزيادة على ما يجيء القول فيه بعد هذه المسألة.

فأما الشق اليسير، فقد ذكر في (الأحكام)[2] فيما أفسده الصانع أن لصاحب المتاع أخذه، وأخذ قيمته فقط، إن كان الفساد أذهب أقل من النصف من قيمته؛ فإن كان أذهب أكثر من النصف من قيمته، فله أن يسلمه إلى الصانع، ويأخذ قيمته صحيحاً،

---

(١) في (ب): من منافعه.

(٢) انظر الأحكام: ٢/٦١.

فنبه على أن اليسير من الشق لا سبيل فيه لصاحب الثوب، إلا على أخذ قيمة النقصان، وهذا ما لا خلاف فيه.

فإن قيل: فأنتم تقولون إذا قطع الغاصب الثوب، أو ذبح الشاة، فأخذهما صاحبهما[1]: لا شيء له غيرهما، وقلتم فيما أفسد الصانع: إنه يأخذه، ويأخذ قيمة النقصان، فما الفرق بينهما؟

قيل له: الفرق بينهما أن الفساد لا تتعلق به الأغراض في العادة، فإذا رضي بأخذ الثوب الذي أحرقه القصار، أو الباب الذي كسره النجار، لم يدل ذلك على رضاه بالحرق، /٢٣٨/ والكسر، والقطع والذبح مما تتعلق به الأغراض في الأعم الأكثر، ومجرى العادات، فإذا رضي صاحبهما بأخذهما، دل ذلك على رضاه بالقطع والذبح، ولذلك لم يجعل لهما قيمة النقصان على الغاصب القاطع، والذابح، وجعلناهما[2] على المحرق والكاسر.

مسألة: في صبغ الثوب المغصوب

قال: فإن اغتصب ثوباً فصبغه، أو باعه، فصبغه المشتري، أخذه صاحبه مصبوغاً، ورجع المشتري على الغاصب بقيمة الصبغ إن كان المشتري لم يعلم بذلك، ولم يكن للغاصب أن يغسل الصبغ عن الثوب.

[وهو منصوص عليه في (المنتخب)[3]] .

لا خلاف أن صاحب الثوب يأخذه مصبوغاً؛ لأنه وجد عين ماله المغصوب لم يجر فيه ما يجري مجرى الاستهلاك، ولقوله - صلى الله عليه وآله وسلم -: «ليس لعرق ظالم حق». وقوله: «على اليد رد ما أخذت».

وقلنا: يرجع المشتري على الغاصب البائع بقيمة الصبغ؛ لأنه مغرور، إذا لم يكن

---

(١) في (أ): فأخذهما لا.

(٢) في (ب): وجعلناها.

(٣) انظر المنتخب ٣٠٧.

علم أن الثوب مغصوب، كما نقول ذلك في ولد المغرور.

وأما صاحب الثوب، فقد اختلف فيما يلزمه للصبغ، فحكى ابن أبي هريرة مثل قولنا: إنه لا شيء للصبغ على صاحب الثوب، عن المزني، وكان تحصيل مذهب أبي حنيفة وأصحابه أن الصبغ إن كان نقص الثوب، فلصاحب الثوب الخيار بين أن يأخذه، لا شيء له سواه، وبين أن يسلم ويأخذ قيمته أبيض، وإن كان زاده، فله الخيار بين أن يسلمه ويأخذ قيمته أبيض، وبين أن يأخذه، ويضمن للغاصب قيمة صبغه. وقال الشافعي في الزيادة: يكون الغاصب شريكاً في مقدار الصبغ لصاحب الثوب في الثوب، وفي النقصان للغاصب غسله عن الثوب على أن يضمن نقصان الثوب.

قلنا: لا شيء للغاصب على صاحب الثوب للصبغ، زاد، أو نقص، وليس للغاصب أخذه عن الثوب؛ لأن الغاصب كان متبرعاً بذلك؛ لأنه لم يصبغه بعوض على عقد صحيح ولا فاسد، ولا بحكم، ولا نية، ولا بأمر حاكم، فلم يبق له وجه إلاَّ التبرع؛ يدل على ما قلناه ما أجمعوا عليه من أن الغاصب لو غصب عبداً مريضاً هزيلاً، فأنفق عليه مثل ثمنه حتى اشتفى، وبرئ، وسمن، لم يرجع بما أنفق على صاحب العبد؛ للعلة التي ذكرناها، فكذلك ما اختلفنا فيه.

فإن قيل: لا خلاف أن من غصب سيفاً، فحلاَّه بالذهب أو الفضة، ثم جاء صاحب السيف أن للغاصب أخذ الذهب والفضة عن السيف، فكذلك الصبغ.

قيل له: لا يشبه هذا ما اختلفنا فيه؛ لأن الصبغ /٢٩٣/ مستهلك في الثوب؛ ألا ترى أنه لا يجوز بيعه منفرداً عن الثوب؟ وليس كذلك الذهب والفضة؛ لأنهما عينان قائمان لم يجرِ فيهما الاستهلاك، فكان الصبغ لما رددناه إليه من النفقة أشبه. وعند أبي حنيفة لو غصب أرضاً فيها زرع، أو نخل، أو شجر، فسقى، وأنفق عليها حتى انتهى، فإن المغصوب منه يأخذ ذلك أجمع، ولا شيء للغاصب، فكذلك ما اختلفنا فيه.

فإن قيل: لم يكن قصد الغاصب التبرع فيما أنفق في الصبغ.

قيل له: لا معتبر بالمقصود في هذه الأشياء؛ ألا ترى أنه لم يقصد التبرع فيما أنفق على العليل، والأرض، والنخيل؟ ولكن حصل متبرعاً للوجه الذي بيناه.

قال: فإن نقصه الصبغ، كان لصاحبه الخيار بين أخذه، وبين أخذ قيمته أبيض تخريجاً.

ووجهه: ما مضى في من ذبح شاة، أو قطع ثوباً، ثم جاء المغصوب منه.

مسألة: في دباغة المغصوب

قال: ولو اغتصب أديماً فدبغه، أخذه صاحبه مدبوغاً.

[وهو منصوص عليه في (المنتخب)[(١)]].

ووجهه: ما قدمناه من أنه متبرع بما عمل، وهو أوضح؛ لأنه ليس فيه ما يُخيَّل أنه مال قائم للغاصب، فيكون مثل الإنفاق على العبد العليل، وما أشبه ذلك، سواء.

مسألة: في زيادة الغاصب في المغصوب

قال: ولو أن مغتصباً زاد في المغصوب ما يمكن أخذه من غير إضرار بالمغصوب، كان للمغتصب أخذه عنه تخريجاً، وهذا مثل أن يحلي السيف بالذهب والفضة، ونحوه من الدواة واللجام، وهذا لا خلاف فيه؛ لأنه عين قائم لم يستهلك، فإن لحق المغصوب بالقلع ضرر، ضمنه الغاصب، على نحو ما مضى القول في قليل الضرر وكثيره في أن المضرور يأخذ قيمة الضرر إن كان يسيراً، إذا كان مما لا تتعلق به الأغراض في الأغلب، وفي الكثير له الخيار في تسليمه، وأخذ قيمته صحيحاً.

---

(١) انظر المنتخب ٣٠٧.

باب القول في المغصوب يزيد أو ينقص

مسألة: في زيادة المغصوب ونقصانه

لو أن رجلاً اغتصب بقرة أو غيرها من الحيوان، من مملوكة، أو غيرها، فنتج عنده، أو ولدت، أخذها صاحبها، وأخذ نسلها، فإن هلكت الأم، وبقي النسل، أخذ قيمة الأم يوم غصبها، وأخذ النسل، وإن هلك النسل، وبقيت الأم، أخذ الأم ولم يأخذ قيمة النسل، إلا أن يكون النسل هلك بجناية من الغاصب، فتلزمه القيمة.

[وهو منصوص عليه في (الأحكام)[1]].

وبه قال أبو حنيفة، وأصحابه. والخلاف بيننا وبين الشافعي في /٢٤٠/ الأولاد إن تلفت من غير أن يستحدث فيها الغاصب أمراً يوجب الضمان، قال الشافعي: هي مغصوبة مضمونة كالأمهات. وقولنا: لا تكون مغصوبة بغصب الأمهات، ولا مضمونة بضمانها.

والوجه في ذلك: أن الولد صار في يد الغاصب بغير فعله، وتلف بغير فعله، من غير أن توجهت عليه مطالبةُ من له الحق في مطالبته، فوجب ألا يضمن إن تلف؛ دليله الثوب تلقيه الريح في داره، أو الطائر يسقط في داره، أو النواة يلقيها فتنبت؛ إذ لا خلاف أن جميع ذلك لا يُضمن؛ للعلة التي ذكرناها، فكذلك ولد المغصوبة، وليس يلزم على هذا ما نقوله من أن من صاد ظبية من الحرم، وأخرجها من الحرم، ثم ولدت، ثم هلكا، أنه يضمن الظبية وولدها، وذلك أن الله - عز وجل - قد أمره بإرسالها، وإرسال ولدها، وردهما إلى الحرم، فلما امتنع من ذلك مع توجه المطالبة عليه بردهما إلى الحرم حتى تلفا، ضمنهما، بل مثال هذا أن يطالب ولد المغصوبة صاحبها، فيمتنع من ردها؛ ومتى كان ذلك كذلك، ضمنه الغاصب، على أن ضمان صيد الحرم وصيد المحرم عندنا لا يشبه ضمان الأموال؛ لأن عندنا أن جماعة لو

---

(١) انظر الأحكام ١٥٠/٢، والمنتخب ٣٠٦.

اشتركوا في صيد، ضمنه كل واحد منهم، وكذلك لو دل عليه غيرَه، فقتُل بدلالته، ضمنه، وليس كذلك ضمان الأموال، فبان أن ضمان صيد الحرم، وصيد المحرم، لا يجوز أن يُجعل لضمان الأموال أصلاً.

فإن قيل: ما أنكرتم أن يسري الغصب إلى الولد، كالكتابة، والتدبير، والاستيلاد، كما قلتم ذلك في الرهن؟

قيل له: نحن قلنا ذلك لأنا وجدنا الكتابة والتدبير حقين ثابتين في الرقبة، وكذلك الاستيلاد، ثم وجدنا الرهن أيضاً حقاً ثابتاً في الرقبة، فقسناه على ذلك في باب السراية، والغصب ليس بحق ثابت على الرقبة، فكيف نقيسه على ذلك؟

على أنا قد بينا في مسألة ضمان فوائد الرهن أن الولد لا يصير مضموناً بضمان الأم حتى يشارك الأم في سبب الضمان، وولد المغصوب لم يشارك المغصوب فيما أوجب ضمانه؛ لأنه لم يجرِ عليه الغصب كما جرى على أمه، ومتى جرى عليه الغصب، كان أيضاً مضموناً.

فإن قيل: إذا كان حفر البئر سبباً للجناية إذا وقع فيه إنسان، فما أنكرتم أن يكون غصب الأم سبباً لغصب الولد؟

قيل له: لو لم يكن الحفر كان، لا يجوز أن يحصل الوقوع فيه، ومع الحفر لا بد من الوقوع إذا لم يُحترز، وليس /٢٤١/ كذلك غصب الأم وغصب الولد، لأن كل واحد منهما يجوز انفراده عن صاحبه، فلم يجز في الغصب أن يكون أحدهما سبباً للآخر، ووجب ذلك في الحفر والوقوع.

مسألة: في عناية الشجرة المغصوبة حتى تكبر

قال: ولو أن رجلاً اغتصب شجراً صغاراً، فغرسها، وسقاها حتى كبرت، كان صاحب الشجر أولى بها يقطعها ويأخذها.

[وهو منصوص عليه في (الأحكام) و (المنتخب)[(١)]].

وهذا مما لا خلاف فيه، لأن الغاصب وجد عين ماله لم يستهلك، ولم يجرِ فيه مجرى الاستهلاك، فكان أولى به على ما مضى القول في أمثاله.

مسألة: في سِمن الحيوان المغصوب أو هزله

قال: ولو أنه اغتصب شيئاً من الحيوان، فسمن عنده، وكبر، أخذه صاحبه بزيادته، وكذلك إن هزل، ونقص، أخذه بنقصانه، ولم يرجع علىّ المغتصب بشيء.

أما إذا وجده صاحبه زائداً، فلا خلاف في أنه يأخذه، فأما إذا وجده ناقصاً من الهزال، فأكثر العلماء فيما حفظت على أنه يأخذه ويأخذ قيمة النقصان، وذهب يحيى - عليه السلام - على أنه يأخذه بهزاله.

ووجهه: أن الهزال لم يكن بجنايته، ولا هو أمر يختص بحكم، وإنما هو تبع للجملة، ولم يكن من الغاصب في العين إلا القبض على وجه التعدي، فإذا زال ذلك، فيجب أن يخرج من ضمانه، كما أنه لا خلاف في أنه لو نقص من جهة السعر، أخذه صاحبه، ولم يرجع على الغاصب بشيء لنقصان السعر، فكذلك ما ذهب إليه.

فإن قيل: أرأيت إن عمي، أو ذهبت يده، أكان لا يرجع بالنقصان؟

قيل له: هذه أعضاء يصح أن تفرد بالأحكام؛ ألا ترى أنها في العبد تختص بجزء معلوم من القيمة؟ فإذا رده على ما ذكرتم، لم يرد العين على ما كانت، ونقصان الهزال بنقصان السعر أشبه، والمسألة في الجملة فيها ضعف، ولا أحفظ عن غيره أنه قال بها.

مسألة: في استغلال المغصوب

قال: ولو أنه اغتصب عبداً، أو دابة، أو حانوتاً، فاستغلها، قضي للمالك بالمغصوب وغلته، على ما نذهب إليه من إيجاب كراء المثل على الغاصب، وقد مضى

---

(١) انظر الأحكام: ١٥١/٢، والمنتخب: ٣٠٨.

الكلام فيه، [وهو منصوص عليه في (الأحكام) و(المنتخب)[(١)]] .

والذي يقتضيه مذهبنا: أن الغاصب يدفع إلى المغصوب منه كراء المثل، فإن كانت الغلة مثله، لم يلزمه شيء آخر؛ وإن كانت دونه، كان على الغاصب [أن] يبلغه كراء المثل، وإن كانت فوقه، دفع كراء المثل إلى المغصوب منه[(٢)]، ورد الباقي إلى بيت المال؛ لأن صاحب الشيء قد استحق على الغاصب كراء المثل، فعليه توفيره، وما زاد على ذلك مصروف إلى بيت المال؛ لأنه ملكه من جهة محظورة.

قال: وكذلك /٢٤٢/ إن استغل الغاصب من العبد بما علَّمه من الصناعة، كانت الغلة لصاحب العبد.

وهذا وجهه وتفصيله ما مضى قبله.

قال: فإن تلف العبد، أخذ صاحبه قيمته لو لم يحسن تلك الصناعة.

[وجميعه منصوص عليه في (المنتخب)[(٣)]] .

ووجهه: أنه لا يضمن الزيادة في جسمه إذا لم يكن تلفه بجناية منه، كما قلنا في ولده، فإذا لم يضمن الولد والزيادة في جسمه ما لم يكن التلف بجنايته، فأولى ألا يضمن زيادة الصنعة، فإن كان هو المستهلك له بفعله، فقياس قول يحيى بن الحسين أنه يضمن جميع ذلك.

مسألة: في إباق العبد على غاصبه

قال: وكذلك إن أبق العبد، ضمنه غاصبه إلى أن يقبضه صاحبه، ومتى قبضه صاحبه على أي وجه قبضه، عالماً به، أو غير عالم، فقد خرج الغاصب من ضمانه؛ لأنه لا يجوز أن يكون عليه ضمان شيء هو في يد مالكه، فإن فر من يد المالك، أو خرج عن يده بالغصب، لم يضمن الغاصب الأول إلا بأن يغصبه ثانياً.

---

(١) انظر الأحكام: ١٥٣/٢. والمنتخب ٣٠٥.

(٢) في (أ): إلى المغصوب من كراء المثل.

(٣) انظر: المنتخب ٢٠٥.

[وهو منصوص عليه في (المنتخب)[1]].

كل ذلك يقتضيه ظاهر قول يحيى - عليه السلام - وبه قال أبو حنيفة وأصحابه، ولا أحفظ خلافاً عن غيرهم.

(١) انظر المنتخب ٣٠٥.

باب القول في استهلاك المغصوب

مسألة: في رد قيمة المغصوب المستهلك أو مثله

إذا اغتصب الرجل شيئاً، ثم استهلكه، لزمته قيمته يوم استهلكه، إن كان المستهلك حيواناً، أو عرضاً، أو مثلهما، فإن كان مما يكال، أو يوزن، لزمه مثل ما اغتصبه.

[وهو منصوص عليه في (الأحكام)[1]].

اعلم أن الغاصب إذا استهلك المغصوب، لم يخرج المغصوب عن ثلاثة أحوال:

إما أن يكون حاله يوم الاستهلاك كحاله يوم الغصب لم يتغير بزيادة ولا نقصان، فهذا قيمته يوم غصب، وقيمته يوم استهلك سواء، وعن أيهما عبرت، صحت العبارة، والمعنى في العبارتين سواء.

أو يكون قد زاد جسمه، فهذا قيمته يوم استهلكه؛ لأن الزيادة في جسم المغصوب مضمونة إذا كان تلفه بفعل الغاصب، لا أعرف فيه خلافاً، إلا اختلاف رواية عن أبي حنيفة نفسه، وأظن أن التضمين أصح الروايتين عندهم؛ لأنه رواه محمد عن أبي يوسف عنه، والآخر رواية أصحاب الإملاء، عن أبي يوسف عنه. ووجهه: أنه قد جنى على الزيادة، كما جنى على الأصل، فيجب أن يضمنها كما يضمن الأولاد إذا تلفت بجنايته.

أو يكون قد نقص جسمه، فالغاصب يضمن قيمته يوم اغتصبه؛ لأنه ضمن يوم اغتصبه قيمته بشرط أن يعجز عن رد /٢٤٣/ العين، لا خلاف فيه، فإذا استقرت القيمة عليه يوم الغصب، لم تنقص القيمة المستقرة عليه لنقصان المغصوب، وليس هذا النقصان كهو مع رد العين؛ لأنه إذا رد العين، لم تلزمه القيمة؛ لأنها لزمته بشرط العجز عن الرد.

---

(١) انظر الأحكام: ١٥٤/٢.

قال يحيى بن الحسين - عليه السلام -: لو نقص، لم يجب لنقصانه شيء ما دام حياً قائماً بعينه[١] ، فجعل ذلك علة سقوط الضمان مع رد العين؛ فإن تلف المغصوب بغير جناية من الغاصب، فالجواب واحد، إلا في وجه واحد من هذه الوجوه، وهو إذا تلف زائداً في جسمه، فإن هذه الزيادة غير مضمونة على قياس قول يحيى؛ لأنه علل لسقوط ضمان الأولاد بأنها حدثت في ضمانه، وتلفت لا بجنايته، وهي أيضاً غير مضمونة عند أبي حنيفة؛ لأن حكم هذه الزيادة حكم الولد؛ لأنه إذا مات إنما حدث عنده كما حدث الولد، فعلى هذا تكون قيمتُه قيمتَه يوم اغتصبه.

وما ذكرناه من أن الواجب القيمة في ذوات القيم، والمثل في ذوات الأمثال، مما لا خلاف فيه؛ لأنه أقرب إلى الصفة، وإلى أن يكون ذو الحق قد وصل إلى حقه، ولو أن حاملاً حمل قوله: إن القيمة قيمته يوم استهلك على النقصان أيضاً؛ لقوله لا يضمن النقصان إذا كان قائماً بعينه، أمكن، لكنه ضعيف، ولأن أصل القول في ذلك أيضاً ضعيف، فكرهنا أن يحمل عليه غيره.

مسألة: في زراعة البذر وحضن البيض المغصوبين

قال: ولو أنه اغتصب النوى، فزرعه، فنبت، كان ذلك مستهلَكاً، ولم يكن لصاحبه إلا مثله، أو قيمته يوم اغتصبه؛ فإن اغتصبه، وأصلحه للعلف، ودقَّه، أخذه صاحبه؛ ولو أنه اغتصب[٢] بيضاً فحضنه، فخرجت فراخ، لم يكن لصاحبه إلا قيمته.

[وهو منصوص عليه في (الأحكام)[٣]].

ما ذهب إليه أصحابنا في النوى المغتصب إذا زُرِع، فنبت، والبيض المغتصب إذا حُضِن، فخرجت فراخ، به قال أبو حنيفة وأصحابه.

قال الشافعي: صاحب النوى أولى بما نبت، وصاحب البيض أولى بالفراخ، وبه قال الناصر.

---

(١) انظر الأحكام: ١٥٢/٢.

(٢) في (أ،ب): اغتصبه.

(٣) انظر الأحكام: ١٥١/٢.

والأصل فيما ذهب إليه أصحابنا: حديث عاصم بن كليب يرفعه إلى النبي - صلى الله عليه وآله وسلم - أنه زار قوماً من الأنصار، فذبحوا له شاةً، وصنعوا له طعاماً، فأخذ من اللحم شيئاً ليأكله، فمضغه ساعة لا يسيغه، فقال: «ما شأن هذا اللحم»؟ فقالوا: شاة لفلان حتى يجيء، فنرضيه من ثمنها، فقال صلى الله علي وآله وسلم: «أطعموها الأسرى»[١]. فدل ذلك على أن الغاصب للشاة حين ذبحها وصنع منها طعاماً، ملكها بالاستهلاك، لولا ذلك، لأمر النبي صلى الله عليه وآله /٢٤٤/ وسلم بردها على مالكها، فلما لم يأمر بذلك، وأمر بأن يطعم الأسرى، دل على انقطاع حقه عنها باستهلاك المغتصب لها، فصار ذلك أصلاً لكل عين أبطل الغاصب أكثر منافعها حتى زال عنها اسمها المطلَق في أنه يصير ملكاً للغاصب، ويضمن هو للمغتصب منه قيمته، فعلى هذا قلنا في النوى إذا زرع، ونبت، إنه صار للزارع؛ لأنه لما صار إلى هذه الحال، زال أكثر منافعه، وكذلك البيض إذا حضنت، وخرجت فراخ، ملكها؛ لزوال أكثر منافعها، قياساً على الشاة التي ذبحت فصنعت طعاماً، وهذه المسألة ليست تقوى في نفسي؛ لأنها لا أصل لها إلا هذا الخبر، وهو يحتمل أن يكون صلى الله علي وآله وسلم ضمَّنهم إياها، وأمرهم أن يطعموها الأسرى لغيبة صاحبها، إذ في الخبر ما يدل على ذلك، فخشي أن يفسد عليهم، وللحاكم أن يبيع على الغائب ما يخشى فساده، فإذا احتمل ما ذكرناه، واحتمل أن يكون فعل - صلى الله عليه وآله وسلم - لانقطاع حقه، لم يجب صرفه إلى ما صرف إليه دون غيره مما يحتمله، ثم الأصول تشهد أن صاحب الملك أولى بملكه، والظواهر تنطق به، والله أعلم.

فأما إذا اغتصب النوى، وأصلحه للعلف، فإن صاحبه يأخذه؛ لأنه لم يذهب من منافعه إلا الزرع، فلا يمكن أن يقال: إن أكثر منافعه قد زال، ولأن اسمه لم يتغير، فلم يكن ذلك استهلاكاً، ولذلك قال أصحابنا: إن صاحبه يأخذه، نص في (الأحكام) [٢]

---

(١) أخرجه الطبراني في الأوسط ١٦٨/٢ عن عاصم عن أبي بردة عن أبي موسى ، والبيهقي ٩٧/٦، والطحاوي ٢٠٨/٤، وأبو داود ٢٤٤/٣، وأحمد ٢٩٣/٥ عن عاصم عن أبيه عن رجل من الأنصار.

(٢) انظر الأحكام: ١٥١/٢.

أن قيمتهما هي قيمتهما يوم اغتصبهما.

مسألة: في نسج القطن المغصوب

قال: وكذلك إن اغتصب شعراً، أو قطناً، فنسجهما، كان ذلك استهلاكاً، ولم يكن لصاحبه إلا قيمته.

[وهو منصوص عليه في (الأحكام)[1]].

وهذا وجهه ما تقدم من أن أكثر منافعه قد زال بالنسج، وزال اسمه، فصار مستهلَكاً، ثم لا فصل بين هذا وبين البيض إذا صارت فراخاً، والنوى إذا نبت في يد الغاصب؛ لأن أحداً لم يفرق بينهما.

مسألة: في استهلاك المملوك والصبي ما غصباه

قال: وإذا اغتصب عبدٌ مالاً، ثم استهلكه، لزم سيده، فإن شاء، سلم العبد، وإن شاء، سلم ما استهلكه.

ووجهه: أن سيد العبد مخير في جناية العبد إذا لم يكن فيها قصاص بين أن يسلمه بجنايته، وبين أن يلتزم بما وجب عليه بجنايته.

قال: وإن كان المُغتصِب مدبراً، أو أم ولد، لزم مولاهما قيمة ما استهلكا إن كان دون قيمتهما، أو مثلها، فإن كان أكثر من قيمتهما، لم يلزمه إلا قيمتهما، وذلك /٢٤٥/ أن تسليمهما لا يجوز؛ لأن التسليم يتضمن معنى البيع، ولا يجوز بيع أم الولد، ولا بيع المدبر، فلزمته جنايتهما إلى قيمتهما.

قال: وإن كان المُغتصِب مكاتباً، لزمه ما استهلكه، يسعى فيه مع الكتابة، وذلك أنه في حكم الحر في أن جنايته لا تتعلق إلا به؛ ألا ترى أنه في البيع والشراء وسائر التصرف له حكم الحر؟ فكذلك في الجنايات.

قال: وإن كان المغتصب صبياً، لزمته قيمة ما استهلكه في ماله؛ لأن الحقوق المتعلقة

---

(١) انظر الأحكام: ١٥٣/٢.

بالأموال، الصبي فيها كالبالغ، كالنفقات، وأروش الجنايات على النفس، ولهذا أو جبنا عليه الزكاة في ماله.

[وجميع ذلك منصوص عليه في (الأحكام) [(١)]].

مسائل في الغصوب ليست من التجريد

قال في (الأحكام) [(٢)]: إذا سرق مسلم من ذمي خمراً في موضع بحيث يجوز لهم أن يسكنوه، قطعت يده إذا سرق ما يساوي عشرة دراهم في الخمر.

فأمره بالقطع، وتقويمه إياها، دل على أنه يضمن المسلم قيمتها، وكذا يجب أن يقال في الخنزير، إذ لم يفرق بينهما أحد، وبه قال أبو حنيفة وأصحابه، وقال الشافعي: لا يضمن.

قلنا: إنهم عوهدوا على أن تكون أموالهم أموالاً لهم، فلو لم يضمن سارق الخمر، كنا قد أخرجنا الخمر عن أن يكون من أموالهم،، وروي عن عمر أنه أمر من يأخذ العشور منهم ألا يأخذ الخمر منهم، وقال: ولِّهم بيعها، وخذوا أثمانها، وأظن أنه روي عن علي – عليه السلام – أن رجلاً قتل لنصراني خنزيراً، فضمنه قيمته.

مسألة: في ضمان ما أتلفته البهيمة

قال أيده الله: حكي عن أبي حنيفة أنه من أرسل بهيمةً في ملك غيره، فإنه يضمن ما أفسده من فوره، ويجب أن يكون هذا قولنا تخريجاً من إرسال الكلب المعلَّم أن فعله في حال الإرسال يجري مجرى فعله، على أن الأظهر على قول أصحابنا أنه يضمن ما أتلفه بعد الفور أيضاً، كما قالوا فيمن ترك الكلب العقور على طريق المسلمين، فعَقر: إنه يكون ضامناً.

---

(١) انظر الأحكام: ٢/٢٩٦ – ٢٩٨.

(٢) انظر الأحكام: ٢/٢٥٤.

مسألة: في ضمان العقار بالغصب

قال أيده الله: تنصيصه في الرهن على أن من ارتهن أرضاً، فغصب عليها، أنه لا يضمنها للراهن[1]، دليل على أنه لا يُضمِّن العقار بالغصب، وبه قال أبو حنيفة.

ووجهه: أنه لو ضمن، لضمن لليد، أو لمنع مالكه، ولا يضمن لمنع مالكه؛ لأنه لو حبسه، لم يضمن أملاكه، واليد تقتضي النقل والتحويل، وذلك لا يتأتّى في العقار، وليست سبيل اليد في الغصب سبيل اليد في البيع؛ لأن التخلية في البيع تسليم، والتخلية والتسليم ليسا بغصب، فلا بد من النقل.

(١) انظر المنتخب: ٢٧٢، وذكر ذلك فيمن غلب عليه العدو.

كتاب

الهبات والصدقات

باب القول فيما يجوز من الهبة وما لا يجوز

مسألة: في أن ما جاز بيعه جازت هبته

كل ما جاز بيعه، جازت[1] هبته، وما لم يجز بيعه، لم تجز هبته.

الغرض بهذا[2] بيان أن الهبة تتضمن معنى البيع، إلا أنها لا تتضمن بمجردها العوض، فكل ما جاز بيعه، جازت هبته، وإن كان فيما لم يجز بيعه ما يجوز هبته لأمر يرجع إلى العوض، كبيع الكلب، وبيع لحوم الأضاحي، يبين ما قلنا: أن البيع يتضمن[3] نقل الملك عن مالكه إلى غيره باختيارهما، أو اختيار من يقوم مقامهما، وهكذا الهبة؛ لأن الملك ينتقل في البيع بالعوض، وينتقل في الهبة بغير عوض، فما جاز أخذ العوض فيه، جازت هبته كما يجوز بيعه، وجاز بيعه كما تجوز هبته.

مسألة: في هبة المجهول

قال: ولا يجوز هبة المجهول.

[وهو منصوص عليه في (الأحكام)[4]].

وهذا مما لا أعرف فيه خلافاً؛ لأنه تقرير الملك، ونقله عن مالك قبله إلى مالك سواه، كالبيع، فما لم يكن معلوماً بحيث لا يلتبس بغيره، لا يصح ذلك فيه، كالإجارات، والمناكح، وأموال الشركة، والبيوع، وهذا واجب في جميع ما ذكرناه؛ ليصح تناول العقد وتقرير الحق فيه ما أوجب انتقال الملك، وما لم يوجب مما ذكرناه، فكذلك الهبة، إذ هي مما يوجب انتقال الملك، فكان ما ذكرناه من وجوب كونه معلوماً أوكد.

---

(١) في (أ): جاز.

(٢) في (ب): من هذا.

(٣) في (ب): يضمن.

(٤) انظر الأحكام: ٢/١٩٨.

وروى زيد بن علي، عن أبيه، عن جده، عن علي - عليهم السلام - أنه قال: «لا تجوز هبة، ولا صدقة، إلا أن تكون معلومة مقبوضة»(١).

مسألة: في هبة المعلوم والمحدود

قال: وإذا وهب رجل لرجل شيئاً معلوماً، جازت الهبة، وإن لم يقبضه الموهوب له إذا قبله، فإن لم يقبل، بطلت الهبة.

[وهو منصوص عليه في (الأحكام)(٢)].

وهذا قول القاسم - عليه السلام - والمحكي عن مالك، وكذا القول في الصدقة، وحكى أبو الحسن الكرخي عن ابن أبي ليلى صحة الصدقة وإن لم تكن مقبوضة، وعند عامة العلماء لا يصحان إلا بالقبض.

ويدل على عدم اشتراط القبض قوله تعالى: ﴿أَوْفُوْا بِالْعُقُودِ﴾(المائدة: ١)، وعقد الهبة إذا جرى من جملة العقود، فيجب (الوفاء به)(٣).

ولقوله - صلى الله عليه وآله وسلم -: «العائد في هبته كالعائد في قيئه»(٤). و لم يشترط القبض، فاستمر ذلك في المقبوض عليه وغير المقبوض.

وعن علي - عليه السلام -: «الرجل أولى بهبته ما لم يُثَبْ منها»(٥). و لم يشترط القبض، والأخبار /٢٤٧/ الواردة في العموم عن النبي - صلى الله عليه وآله وسلم - وعن علي ليس فيها ذكر القبض، فكل ذلك دال على صحة الهبة، وإن لم يجرِ فيها القبض.

فإن قيل: روي عن النبي - صلى الله عليه وآله وسلم - أنه قال: «مالَكَ من مالِكَ

(١) المسند كتاب الشركة، باب الهبة والصدقة.

(٢) انظر الأحكام: ٢/٢٠٠م.

(٣) ما بين القوسين بياض في (أ).

(٤) أخرجه البخاري ١٠٩٣/٣ عن عمر، وأبو عوانة ٤٥٠/٣، والترمذي ٥٩٢/٣، وعبد الرزاق ١٠٩/٩ عن ابن عباس، بعضها بهذا اللفظ، وبعضها بلفظ: كالكلب يعود في قيئه.

(٥) أخرجه عنه - عليه السلام -: الدارقطني ٤٤/٣، والطحاوي ٨٢/٤ .

إلا ما أكلت فأفنيت، أو لبست فأبليت، أو تصدقت فأمضيت»[١]. فلم يتمم الصدقة إلا بالإمضاء، وهو الإقباض والتسليم.

قيل له: ليس الإمضاء من الإقباض في شيء؛ لأن الإمضاء هو ألا يتعقبه بالفسخ، والارتجاع؛ ألا ترى أنه لو وهب، وأقبض، ثم رجع، فاسترد ما وهب، صح أن يقال: إنه لم يُمضِ هبته، وإن كان الإقباض قد حصل، وهكذا إن باع واشترط الخيار، ثم أبطل الخيار، صح أن يقال: أمضى بيعه، وإن لم يكن حصل القبض؟ فبطل[٢] تعلقهم بالخبر.

فإن قيل: روي عن أبي بكر أنه قال لعائشة: إني كنتُ نحلتُكِ جذاذ عشرين وسقاً، وإنك لم تكوني حزتيه وقبضتيه، وإنما هو مال الوارث.

قيل له: يجوز أن يكون أراد لم تكوني ملكتيه بالقبول، ولا قبضتيه، فعبر عن التملك بالقبول بالحوز؛ لأنه لا يمتنع أن يقال لمن ملك الشيء إنه حازه، وإن لم يكن قبضه؛ يدل على ذلك أن الحوز لو كان المراد به القبض، لم يكن لتكرير لفظ القبض معنى، على أن يحيى - عليه السلام - ذكر عن علي - عليه السلام - إجازته هبةً غير مقبوضة.

فإن قيل: روى زيد بن علي، عن علي - عليهم السلام -: «لا يجوز هبة، ولا صدقة، حتى تكون معلومة مقبوضة»[٣].

قيل له: قد أجمعوا على أن القبض ليس بصفة للهبة، حتى تبطل ببطلان القبض، كالرهن، فلا بد من تأويل، فنقول: معناه أن[٤] تكون معلومة حتى تكون في حكم المقبوض، كما قال الله تعالى: ﴿وَالأَرْضُ جَمِيعاً قَبْضَتُهُ يَوْمَ الْقِيَامَةِ﴾(الزمر: ٦٧)، أي أحاط بها علماً وحكماً، حتى يكون موافقاً لما ذكره عنه يحيى - عليه السلام -.

---

(١) أخرجه مسلم ٢٢٧٣/٤، وابن حبان ٤٧٥/٢، والترمذي ٤٤٧/٥، والحاكم ٥٨٢/٢، والنسائي ٩٩/٤ عن مطرف بن عبد الله بن الشخير عن أبيه.

(٢) في (أ): فأبطل.

(٣) المسند كتاب الشركة، باب الهبة والصدقة.

(٤) في (ب): أنه.

ويدل على ذلك أنه عقد تمليك، فيجب أن يصح من غير قبض، دليله البيع، والإجارة، والنكاح، والخلع، والوصية.

فإن قيل: الوصية لَمَّا كانت تبرعاً، احتاجت إلى شيء سوى القول، فهكذا الهبة.

قيل له: الوصية صحت بغير القبض، فكذلك الهبة، ومعنى قولهم لا تصح الوصية، أي لا يصح التمليك بها بمجرد[1] القول، على أن الصدقة قد تكون غير تبرع، فأنتم لم تفصلوا بينها وبين ما كان تبرعاً في إيجاب القبض/٢٤٨/، فبان أن هذه العلة لا معنى لها.

فأما القبول، فلا خلاف في وجوبه، والعقود لا تتم إلا بالقبول [و] الإيجاب، وإبطال أصحابنا الهبة إذا لم تقبل يدل على أنهم يراعون المجلس؛ لأن المجلس لو لم يراعَ فيه، لم تبطل إلى أن يقع الفسخ، ووجهه: أنه عقد تمليك مفتقر إلى الإيجاب والقبول، فوجب أن يراعى في صحته المجلس، دليله سائر العقود.

قال: ولا فصل بين أن يكون الموهوب معلوماً بنفسه، أو محدوداً[2].

[وهو منصوص عليه في (الأحكام)[3]].

وهذا يريد به العقار؛ لأنها يصح بيعها إذا كانت معلومة بعينها، أو بحدودها، وكذلك الهبة، وإنما الغرض صحة تمييزها عما سواها، وذلك يصح إذا علمت بعينها، أو بحدودها، فأما ما يتأتّى فيه النقل، فيجب أن يكون معلوماً بعينه؛ لأنه لا يُعرف بذكر الحدود، إذ لا حدود له.

مسألة: في الهبة والوصية لمملوك الغير

قال: ولو أن رجلاً وهب شيئاً لمملوك غيره، فقبله المملوك، جازت الهبة، وكان الشيء ملكاً لمالك العبد، وإن أبى العبد قبوله، بطلت الهبة، ولا معتبر بقبول سيد العبد.

---

(١) في (أ): بمجرد.

(٢) في (ب): محدودة.

(٣) انظر الأحكام: ٢/٢٠٠.

[وهو منصوص عليه في (الأحكام) [١]].

حكى أبو الحسن الكرخي هذا القول مطلقاً، و لم[٢] يحك فيه[٣] خلافاً، فلا أدري أهو قول جميعهم، أم[٤] فيه خلاف؟

ووجهه: أن الموهوب[٥] له هو العبد، وإن أبى العبد قبوله، بطلت الهبة، فيجب أن يكون القبول إليه، كما أن العبد إذا كان هو البائع أو المشتري، فيجب أن يكون الإيجاب والقبول من جهته، وإن كان الملك ينتقل إلى سيده، فكذلك الهبة، وهذا كالوكيل، يجب أن يكون الإيجاب والقبول إليه، وإن كان الملك يصير للموكل، والعلة في الجميع أن التصرف للمعقود عليه، وإن كان عن غيره.

قال: وكذلك إن أوصى لعبد غيره بوصية، فقبلها العبد، صحت الوصية، وكان الشيء لمالك العبد؛ وإن لم يقبلها، بطلت[٦]، ووجه هذه ما مضى في الأولى.

مسألة: في الهبة بأكثر من الثلث

قال في (المنتخب)[٧]: ولا يجوز لرجل أن يهب في دفعة واحدة أكثر من ثلث ماله، وهذا خلاف رواية (الأحكام) [٨]، (على ما يجيء في الباب الثاني، والمعمول عليه هو رواية الأحكام)[٩]؛ لأن هذا قول لا أعلم أحداً قال به قبله.

ووجه هذا القول: قول الله – عز وجل –: ﴿وَلَا تَجْعَلْ يَدَكَ مَغْلُولَةً إِلَى عُنُقِكَ﴾ الآية (الإسراء: ٢٩)، فنهى – عز وجل – عن الإسراف في الإمساك، وفي الإعطاء،

---

(١) انظر الأحكام: ٢/١٩٩.

(٢) في (ب): لا.

(٣) في (أ): عنه.

(٤) في (أ): أو.

(٥) في (ب): المملوك.

(٦) انظر الأحكام: ٢/١٩٩م.

(٧) انظر المنتخب: ٣٣٨ وهو فيه بالمعنى.

(٨) انظر الأحكام: ٢/٤٢٥.

(٩) ما بين القوسين سقط من (أ).

فوجب القصد في ذلك، وهو الثلث؛ ليلحق جواز الوصية به، وعن النبي - صلى الله عليه وآله وسلم - أنه نهى عن الوصية بأكثر /٢٤٩/ من الثلث، وقال: «والثلث كثير، ولأن تدع ورثتك أغنياء خير من أن تتركهم عالة يتكففون الناس»[١]. فنهى عن إخراج ما زاد على الثلث لئلا يلحق الورثة ضرر وسوء حال، ولا فصل بين أن يذهب المال في حياة الإنسان أو بعد وفاته فيما يلحق الورثة من الضرر[٢] وسوء الحال، وأيضاً قصرت الوصية على الثلث لحق الورثة، بدلالة أن من لا وارث له تنفذ وصيته في جميع المال، فيجب أن تكون الهبة كذلك لحق الورثة.

وهذا القول يضعف؛ لأن المسلمين أجمعوا على أن المرء أولى بجميع ماله في حال صحته، وكثير من الصالحين آثروا التخلي من أموالهم، فلم ينكره منكر، ولأن في هذه الرواية أيضاً إجازة هبة جميع ما يملك، ولكن على التدريج، وذلك واحد فيما يلحق الورثة.

قال: فإن وهب ثلث ماله، وسلمه إلى الموهوب، كان له بعد ذلك أن يهب الثلث مما بقي.

[وهو منصوص عليه في (المنتخب)[٣]].

وعلى هذا القول يجب أن يكون القول في الباقي بعد ذلك كالقول فيما مضى حتى لا يبقى شيء من المال، فيعود الأمر إلى أن يكون الجميع موهوباً، فبان أن حكم الهبة حكم الوصية.

قال: أيضاً في (المنتخب)[٤]: وإن وهب أكثر من الثلث، كان له أن يرجع[٥] فيه، فإن لم يرجع حتى هلك هو، كان (لورثته أن يرجعوا فيه، إلا أن يكون وهب ما

---

(١) أخرجه البخاري ١٠٠٦/٣، ومسلم ١٢٥٠/٣، وابن خزيمة ٦١/٤، وابن حبان ٦١/١٠، وأبو عوانة ٤٧٨/٣ والترمذي ٤٣٠/٤ عن سعد بن أبي وقاص.

(٢) في (أ): الضر.

(٣) انظر المنتخب: ٣٣٨.

(٤) انظر المنتخب: ٣٣٨ - ٣٣٩.

(٥) في (أ): يرجع عنه.

وهب على عوض، فليس للواهب ولا) لورثته على الموهوب له إلا العوض.

وجه ما ذكر في الرجوع هو ما مضى، فإذا كانت على العوض، فيجب أن تصح الهبة؛ لأن الهبة على العوض كالبيع، على ما سيجيء القول فيه.

مسألة: في هبة الشيء مرتين فأكثر

قال في (المنتخب) [١]: لو أن رجلاً وهب ثلث ماله لرجل، ثم وهبه لآخر، كان المال للأول، وذلك كالبيع، إذا باع واحداً بعد واحد، كان للأول، فكذلك الهبة لأنه تمليك صحيح.

قال: فإن وهب ماله كله لرجل، ثم وهب كله لآخر، كانا شريكين في الثلث[٢]، وهذا لأن الهبة الأولى لم تقع مقبولة على رواية (المنتخب) [٣]، وكذا الثانية، فلما أراد تصحيح الهبة الأولى، جعلهما في الثلث[٤] شريكين، ومثل هذا من رواية (المنتخب)، وهو ضعيف.

مسألة: في الهبة على شرط

قال: فإن وهب ماله كله لرجل على أن ينفق عليه حياً، كانت الهبة باطلة، وللمنفق ما أنفق.

[وهو منصوص عليه في (المنتخب) [٥]].

وذلك لجهالة العوض كالبيع، وإذا كان العوض مجهولاً، وجب فساد الهبة، كفساد البيع لجهالة الثمن؛ لأن العوض فيها كالثمن في المبيع، وللمنفق أن يرجع بما أنفق؛ لأنه لم يتبرع، كما أن المشتري لو أعطى بعض ثمن مجهول، كان له أن /٢٥٠/ يرجع بما أعطى إذا بطل البيع.

---

(١) انظر المنتخب: ٣٣٨.

(٢) انظر المنتخب: ٣٣٨.

(٣) انظر المنتخب: ٣٣٨.

(٤) في (أ) و(ب): جعل لهما الثلث شريكين. ونبه على ما أثبتناه في الهامش.

(٥) انظر المنتخب: ٣٤٠.

قال: وكذلك إذا[1] استأجره بماله، أو ثلث ماله، على أن يخدمه حتى يموت، كانت الإجارة باطلة، ولمن خدم أجرة مثله، [وهو منصوص عليه في (الأحكام)[2]].

وذلك أنه استأجره لأمر مجهول، ففسدت الإجارة، وكان لمن خدم أجرة مثله، لأن ذلك حكم الأجير في الإجارة الفاسدة على ما سلف القول فيه في كتاب الإجارة.

مسألة: في هبة الإرث

قال: ولو أن رجلاً ورث آخر، فلم يطلب الميراث حتى مات، كان لورثته أن يطلبوه إلا أن يكون الذي ورث قد وهب نصيبه من الإرث هبة صحيحة لموهوب بعينه.

[وهو منصوص عليه في (المنتخب)[3]].

وهذا ما لا خلاف فيه، لأن الإرث صار حقاً للوارث، وملكاً له، وملكه لا يبطل بالكف عن طلبه.

مسألة: في بيع الواهب الموهوب

قال: ولو أن رجلاً وهب لرجل هبة لا يجوز له الرجوع فيها، ثم باعه، كان للموهوب له أن يأخذه من المشتري، ويرجع المشتري بالثمن على البائع.

[وهو منصوص عليه في (المنتخب)[4]].

وذلك أن الهبة صارت[5] ملكاً للموهوب مستقراً لا يتأتّى فيها الفسخ، فوجب أن يكون حكمها حكم سائر أملاكه في أنها إذا بيعت بغير رضاه، كان له أن يأخذها من

---

(١) في (ب): إن.

(٢) انظر المنتخب: ٣٤٠.

(٣) انظر المنتخب: ٣٤٠.

(٤) انظر المنتخب: ٣٤١.

(٥) في (أ): صارت للموهوب ملكاً لا يتأتى.

المشتري، وكان للمشتري الرجوع على البائع بالثمن؛ فإن وهب هبة يجوز له الرجوع فيها، ثم باعها، جاز البيع، وذلك أن الرجوع فيها إذا كان جائزاً، كان بيعه رجوعاً، فوجب أن يصح، وهذا يدل على أن الرجوع يصح بغير حكم الحاكم، كالرجوع عن الوصية، والرجوع عن التدبير حيث يجوز الرجوع؛ وعند أبي حنيفة لا يرجع إلا بحكم الحاكم، أو تسليم الموهوب له، كالشفعة؛ لأنهما يقتضيان نقل الملك عن مالك إلى مالك، وهذا القول ليس.بعيد، بل هو الأقرب عندي، والله أعلم.

مسألة: في استحقاق الموهوب

قال: وإن استحق الموهوب، لم يرجع الموهوب له على الواهب(بشيء، إلا أن يكون وهب على عوض، فإنه يرجع عليه بالعوض.

وذلك أن الهبة إذا استحقت، لم يكن على الواهب)[1] سبيل، لأنه لم يأخذ شيئاً في مقابلتها، فإن كانت على عوض، رجع بالعوض؛ لأنها كالثمن، كما أن المشتري يرجع بالثمن على البائع إذا استحق المبيع.[والمسألة منصوص عليها في (المنتخب[2])].

مسألة: في التسوية بين الأولاد في الهبة

قال: ويكره ألا يسوي بين أولاده في الهبة، إلا أن يكون فيهم من يبره أكثر، فتكون الزيادة مكافأة له على بره.

[وهو منصوص عليه في (الأحكام)[3]].

الأصل فيه: حديث النعمان بن بشير أن أباه نَحلَهُ غلاماً، فانطلق به إلى رسول الله - صلى الله عليه وآله وسلم - يشهده[4] عليه، فقال له: «أَكُلَّ ولدك نحلته»؟، فقال: لا، فامتنع، وقال - صلى الله عليه وآله وسلم - في بعض /٢٥١/ الأخبار: ارتجعه[5]،

(١) ما بين القوسين ساقط من (أ).
(٢) انظر المنتخب: ٣٤١.
(٣) انظر الأحكام: ١٩٨/٢.
(٤) في (أ): يشهده، فقال.
(٥) أخرجه البخاري ٩١٣/٢، ومسلم ١٢٤١/٣، وابن حبان ٨٩٩/١١، والبيهقي ١٧٦/٦، والنسائي ١١٥/٤ و أبو عوانة ٤٥٥/٣.

(وفي بعضها: اردده)(١)، وفي بعضها: «أشهد عليه غيري»(٢). وفي بعضها: «إني لا أشهد إلا على حق»(٣). فدل ذلك على ما قلناه من أنه لا يجوز إلا التسوية بين الأولاد، إلا على الوجه الذي قلناه، فإن تلك الزيادة لا تكون ابتداء نحلة، وإنما تكون مكافأة على جميل أفعاله.

واختلفوا في التسوية، فذهب أبو يوسف إلى أنه يجب أن يسوي بين الذكر والأنثى في العطية، وقال محمد: يجب أن يسوي بينهم على قدر مواريثهم، للذكر مثل حظ الأنثيين، ولا نص ليحيى - عليه السلام - في هذا، إلا أن مسائله تدل على أن التسوية بحسب المواريث كما ذهب إليه محمد.

ووجهه: أنه لو مات، لاستحقوا المال على هذا السبيل، وكان يكون ذلك هو العدل في القسمة بينهم، فكذلك قبل الموت.

فإن قيل: قوله - صلى الله عليه وآله وسلم -: «ألك سواه»؟ وقوله: «أعطيت كلهم مثل الذي أعطيت النعمان»؟ من غير السؤال عن الذكر والأنثى يدل على التسوية.

قيل له: «ألك سواه»؟ وفي بعض الأخبار (أله إخوة)؟ إشارة إلى الذكور، وعليه خرج الكلام، ويحتمل أن يكون صلى الله علي وآله وسلم، أراد هل أعطيت كُلاً ما يكون تسوية بينهم، ثم يكون الرجوع في التسوية إلى الدلالة.

فإن قيل: روي عن ابن عباس قال: قال رسول الله - صلى الله عليه وآله وسلم -: «ساووا بين أولادكم في العطية، فلو كنت مفضلاً، فضلت البنات»(٤). فلم يفرق بين الذكر والأنثى في المساواة.

---

(١) سقط ما بين القوسين من (أ). والحديث أخرجه مسلم ١٢٤٢/٣، وابن حبان ٤٩٦/١١، وأبو عوانة ٤٥٣/٣، والترمذي ٦٤٩/٣، وأبو داود ٢٩٢/٣.

(٢) أخرجه ابن حبان ٥٠٥/١١، وأبو عوانة ٤٥٥/٣، والدارقطني ٤٢/٣.

(٣) أخرجه مسلم ١٢٤٤/٣، وأبوداود ٢٩٣/٣، والبيهقي ١٧٧/٦.

(٤) أخرجه البيهقي ١٧٧/٦، والحارث في مسنده ٥١٢/١، والطبراني في الكبير ٣٥٤/١١ بلفظ : فلو كنت مفضلاً أحداً، لفضلت النساء.

قيل له: الجواب عن هذا ما تقدم من أن هذا يقضي التسوية، والمرجع في التسوية إلى الدلالة.

مسألة: في عدم التسوية بين الأولاد في الهبة

قال: فإن وهب لبعضهم أكثر مما يهبه للآخر لا على طريق المكافأة، جازت الهبة إلى الثلث، و لم يجز فوقها.

هذه رواية (المنتخب) [١]، ومبني على أن الإنسان لا يهب أكثر من الثلث في صحته كما لا يهب في مرضه.

فأما في (الأحكام)[٢] فإنه ذكر أنه لا يجوز إلا التسوية، و لم يذكر كيف يكون حاله لو فاضل بينهم، إلا أن كلامه هذا يدل على أنه لو فعل، لم يجب أن ينقض؛ لأن الرواية التي يعمل بها هي رواية (الأحكام) في أن الصحيح يهب من ماله ما شاء، وأن حكم الثلث وحكم الجميع سواء، فإذا نص هو في (المنتخب) على أن المفاضلة في الجميع تصح إذا فعلها، وإنما يكره له ذلك، ويؤمر فيما بينه وبين الله - عز وجل - في المساواة بينهم، وبه قال: أبو /٢٥٢/ حنيفة، وأصحابه، والشافعي.

وحكي عن قوم متقدمين من أصحاب الحديث مثل ابن راهويه، ومن جرى مجراه، إبطال ذلك، فإنهم تعلقوا بالروايات التي وردت في قصة النعمان.

ووجه ما ذهبنا إليه: أنه ليس في شيء من هذه الألفاظ المروية ما يدل على أن الهبة على جهة المفاضلة لا تستقر، ولا تقع، وإنما يدل الجميع على كراهة ذلك، والمنع منه؛ لأن قوله - صلى الله عليه وآله وسلم -: «ارتجعه». يدل على أنه أمره بالرجوع فيها، ولا يصح الرجوع فيها إلا وهي ثابتة مستقرة، وقوله أيضاً: «اردده» يدل على ذلك، ويحتمل أن يكون أراد اردد هذا الرأي، فقد ورد في بعض الأخبار أن بشيراً لم يكن أوقع الهبة، وإنما أراد إيقاعها، فقصد رسولَ الله - صلى الله عليه وآله وسلم -

---

(١) انظر المنتخب: ٣٣٩.

(٢) انظر الأحكام: ١٩٨/٢.

وقص عليه، فمنعه من ابتدائها، وذلك ما رواه الطحاوي في (شرح الآثار)[1] عن أبي الزبير، عن جابر قال: قالت امرأة بشير لبشير: انحل ابني غلامك هذا، وأشهد لي رسول الله – صلى الله عليه وآله وسلم – فأتى النبي، وحكى قول زوجته، فقال – صلى الله عليه وآله وسلم –: «أله إخوة؟». قال: نعم. قال: «أفكلهم أعطيته؟» قال: لا. قال: «فإن هذا لا يصلح، وإني لا أشهد إلا على حق». فدل ذلك على أن الهبة لم تكن وقعت بعد، وقوله أيضاً – صلى الله عليه وآله وسلم –: «أشهد على هذا غيري» يدل على إجازة ما فعل؛ لأنه لم يقل هذه الهبة باطل، وإنما قال: «أشهد على هذه الهبة غيري». فقد كان يأمر غيره بالصلاة على من عليه دين، ولا يصلي هو بنفسه تعظيماً لأمر الدَين، كذلك هذه المسألة، وما روي «لا أشهد على جور» [2] ليس بالكثير في الروايات، فإذا ثبت، فيحتمل أن يكون أراد العادل عن الطريقة[3]، كما يقال: جار السهم، وفي بعض الأخبار أنه قال: «أيسرك أن يكونوا لك في البر سواء؟ قال: نعم قال: فأشهد على هذا غيري». فنبه على أن الغرض بما قال أن يتساووا في البر، إذا ساوى بينهم في العطاء، فيكون ذلك ندباً وإرشاداً إلى الأجمل، وقد ثبت عن عدة من الصحابة أنهم فاضلوا بين أولادهم في العطايا، ولم ينكر ذلك أحد، فدل ذلك على ما قلناه.

---

(١) انظر شرح معاني الآثار ٨٧/٤٠٧.

(٢) أخرجه البخاري ٩٣٨/٢، ومسلم ١٢٤٣/٣، وابن حبان ٥٠٧/١١، وأبو عوانة ٤٥٦/٣، والنسائي ١١٧/٤، وابن أبي شيبة ٢٣٤/٦، عن النعمان بن بشير.

(٣) في (ب): الطريق.

باب القول في رجوع الواهب في هبته

مسألة: في رجوع من وهب جميع ماله

من وهب ماله كله، جاز له الرجوع في ثلثيه، فإن لم يرجع حتى استهلك الموهوب له ما وهبه، لم يرجع الواهب عليه بشيء، هذه رواية (المنتخب) (١).

وقال في (الأحكام) (٢): للصحيح أن يهب من ماله ما يشاء.

وهذه المسألة قد مضى الكلام فيها في الباب الأول، وقد ذكرنا أن الصحيح الذي نذهب إليه هو ما ذكره(٣) في (الأحكام)، وبينا وجهه، فلا غرض في إعادته.

مسألة: في القدر الذي يجوز للمريض هبته

قال: والمريض الذي يُخاف عليه ليس له أن يهب أكثر من الثلث، إلا بإجازة الورثة.

[وهو منصوص عليه في (الأحكام)(٤)].

أما الصحيح، فقد بينا حاله في الهبة، وأما المريض، فنشرح حاله في كتاب الوصايا، ونبين الفصل بين المرض اليسير وغيره.

مسألة: فيما لا يجوز للواهب الرجوع فيه

قال: ومن وهب شيئاً ابتغاء وجه الله، أو صلة للرحم، لم يرجع فيه، إلا أن يكون الموهوب له ولداً صغيراً، فله أن يرجع فيما وهب له.

[وهو منصوص عليه في (الأحكام)(٥)].

---

(١) انظر المنتخب: ٣٣٩ - ٣٤٠.

(٢) انظر الأحكام: ٤٢٥/٢.

(٣) في (أ): ذكرناه.

(٤) انظر الأحكام: ٣٥٢/٢ - ٤٢٥، ٤٢٦.

(٥) انظر الأحكام ١٩٩/٢ - ٢٠٢.

وحكي عن مالك أن للأب أن يرجع فيما وهب لابنه حتى يتزوج، وهذا قريب مما قلناه.

والأصل في هذا حديث النعمان؛ لأن الأخبار دلت على أنه قد كان وهب، فأمره - صلى الله عليه وآله وسلم - بالرجوع فيها، وردها بقوله - صلى الله عليه وآله وسلم -: «فارتجعه». وبقوله : «فاردده»، ودل بقوله: «أشهد غيري» على أن أمره بالرجوع على سبيل الندب، وأن الهبة قد كانت ثابتة، وأن الرجوع فيها يصح، وذلك أنهم قد أجمعوا على أن الرجوع في الصدقة لا يجوز، ولا أحفظ في ذلك خلافاً، والصدقة منها تطوع، ومنها واجب، والتطوع هو ما يتقرب به إلى الله - عز وجل - ويوصل به الرحم من غير وجوب ذلك، وهذا القبيل من الصدقة يحل للغني، ولبني هاشم، والهبة للأولاد من هذه الجملة، فلما ثبت تحريم الرجوع في الصدقة، وإن كانت متطوعاً[1] بها، قلنا به عموماً، وخصصنا الصغير برجوع الوالد عليه، لحديث النعمان، وعلى هذا يحمل ما روي: «لا يحل للواهب أن يرجع فيما وهب، إلا الوالد فيما وهب لابنه»[2]. ويحتمل أن يكون الوجه في ذلك ما عرف من شفقة الآباء، خصوصاً على أصاغر الأبناء، وأنهم لا يتصرفون عليهم بما يضرهم في مجرى العادات[3] إلا فيما لا بد منه، فخصوا بذلك بهذه الأحوال، ولما لهم من الولاية الثابتة عليهم التي هي أقوى الولايات، وما بينا من الهبة لذوي /٢٥٤/ الأرحام في معنى الصدقة دليل على أنه لا يجوز الرجوع فيما وهب لهم.

ويدل على أن كل عطاء يتقرب به إلى الله تعالى يكون صدقة: ما حكى الله عن أولاد يعقوب: ﴿وَتَصَدَّقْ عَلَيْنَا﴾(يوسف: ٨٨)، ولم يكونوا فقراء، وإنما أعطى على سبيل التقرب إلى الله - عز وجل - وروي أن رجلاً أتى النبي - صلى الله عليه وآله وسلم - فقال: يا رسول، الله أعطيت أمي حديقة، وماتت، ولا وارث لها غيري، فقال: «وجبت صدقتك، ورجعت إليك حديقتك»[4].

---

(١) في (أ): مقطوعاً.

(٢) أخرجه ابن حبان ٥٢٤/١١، وأبو عوانة ٤٧٥/٣، والترمذي ٥٩٣/٣، والبيهقي ١٧٩/٦، والطحاوي ٧٩/٤، وابن ماجة ٧٩٥/٢، عن ابن عباس وابن عمر.

(٣) في (أ): العادة.

(٤) أخرجه ابن ماجة٢/٨٠٠، والطحاوي ٨٠/٤، وأحمد ١٨٥/٢ عن عمرو بن شعيب عن أبيه عن جده.

مسألة: فيما يصح للواهب الرجوع فيه

قال: فإن وهب لغير ما ذكرنا، كان له أن يرجع ما دام قائماً بعينه، وحين يعلم باستهلاكه، فإن لم يرجع حين يعلم باستهلاكه، فليس له أن يرجع بعد ذلك.

[وهو منصوص عليه في (الأحكام)[١]].

والأصل في جواز الرجوع في الهبة تشبيه النبي - صلى الله عليه وآله وسلم - الراجع في هبته بالكلب يقيء، ثم يرجع فيه، وذلك أنه شبه الرجوع في الهبة بأمر مستقبح مستكره، وليس بحرام على فاعله؛ لأن عود الكلب[٢] فيه مستقبح، وليس بحرام على الكلب، فعلم أن الرجوع في الهبة مستقبح، وليس بحرام على الراجع.

فإن قيل: روي ذلك بغير ذكر الكلب: «الراجع في هبته كالعائد في قيئه».

قيل له: أكثر الأخبار واردة بذكر الكلب، ولعل بعض الرواة حذف ذكر الكلب اختصاراً، على أن الزيادات في الأخبار مقبولة، ومن حكمها أن تضاف إلى غيرها مما ليس فيها تلك الزيادة حتى تكون كالخبر الواحد، والمعنى معنى واحد في مثل هذه المواضع؛ ليصح التشبيه، ولا يشبَّه الحرام بالحلال، ولا الحلال بالحرام؛ لأن ذلك يتدافع[٣].

وروى الجصاص حديثاً عن عبد الله بن عمرو، قال: قال رسول الله - صلى الله عليه وآله وسلم -: «مثل الذي يسترد ما وهب كمثل الكلب يقيء فيأكل قيأه، فإذا استرد الواهب، فليوقف، وليعرف بما استرد، ثم ليدفع إليه ما وهب». فدل هذا على صريح ما نذهب إليه؛ لأنه - صلى الله عليه وآله وسلم - بيَّن أن الرجوع في الهبة مستقبح مكروه، وأن الرجوع مع ذلك صحيح يجب أن يمضى إذا طلبه الواهب.

وروي عن علي - عليه السلام - أنه قال: الواهب أولى بهبته ما لم يثب منها.

---

(١) انظر الأحكام: ٢/١٩٩.

(٢) في (ب): الراجع.

(٣) في (ب): تدافع.

وروي نحوه عن عمر، وعن فضالة بن عبيد الأنصاري، رواه عنه الطحاوي[١] أنه /٢٥٥/ استقبح الرجوع، وأثبته في حديث ذكره، وهو قول زيد بن علي - عليهما السلام - قال زيد: «من وهب هبة، فله أن يرجع فيها ما لم يكافأ عليها، وكل هبة لله، أو صدقة لله، فليس لصاحبها أن يرجع فيها». قال زيد: «من الهبة لله - عز وجل- الهبة للأقارب المحارم»[٢]. على أنا لو سلمنا أن الرجوع حرام لتشبيهه - صلى الله عليه وآله وسلم - بالقيء، كان لا يمنع ذلك صحة الرجوع؛ لأن العائد في قيئه قد صح رجوعه في القيء، وعود القيء إليه، ولا يمتنع أن يكون الفعل حراماً، فإذا وقع، وقع موقع الصحيح، كالبيع عند أذان الجمعة، والطلاق في الحيض.

ووجه قولنا: إنه يرجع فيها ما دام الشيء قائماً بعينه، وحين يعلم باستهلاكه، فإن علم باستهلاكه، و لم يرجع، بطل الرجوع بعد ذلك[٣]؛ لأنه يريد نقل ملك غيره إليه بحق له، وهو كونه واهباً لذلك الشيء، كما أن الشفيع يريد نقل ملك المشتري إليه بحق له[٤]، وهو الشركة، أو المجاورة، فكما أنه لا بد للشفيع من أمر يضيق عليه الطلب حتى تفوت إن لم يطلب عند ذلك الأمر، وهو علمه بحصول البيع، كذلك الواهب[٥] لا بد من أمر يضيق عليه الطلب حتى يفوت أن له إن لم[٦] يطلب عند ذلك الأمر للعلة التي ذكرناها، وهي أنه يريد نقل ملك الغير إلى نفسه بحق هو له، وليس هنا أمر يضيق عليه الطلب إلا العلم بالاستهلاك، فوجب أن يكون هو قياساً على الشفيع.

فإن قيل: الشفيع لا يمكنه[٧] الطلب قبل العلم بالبيع، والواهب أمكنه الرجوع قبل العلم بالاستهلاك[٨].

---

(١) أخرجه في شرح معاني الآثار ٨٢/٤.
(٢) المسند كتاب الشركة، باب الهبة والصدقة.
(٣) في (أ): بذلك.
(٤) في (أ): هو له.
(٥) سقط من (أ) الواهب.
(٦) في (أ): يطلب ذلك.
(٧) في (ب): يمكنه، وظنن على ما أثبتناه.
(٨) في (أ): بالهلاك.

قيل له: هب أن هذا الفرق صحيح، فما فيه ما[(١)] يمنع قياسنا؟ على أن الشفيع أمكنه الطلب أيضاً بخبر لا يغلب في ظنه أنه صدق، أو بأمارة تظهر من دون خبر يقع عليه، ومع هذا لا يضيق عليه الطلب حتى يحصل العلم بالبيع، أو ما يجري مجراه من الظن، فكذلك ما ذهبنا إليه، وعند أبي حنيفة حتى يخبر الشفيعَ عدلٌ، أو عدلان.

فصل: في خصوصية ذوي الأرحام بوجوب الصلة

أجمعوا على أن ذوي الأرحام المحارم لهم تخصيص بوجوب الصلة، لأن لهم ضرباً من التخصيص من دون غيرهم، وهو التحريم.

وقال يحيى في المرأة تهب لزوجها ما أخذته صداقاً منه، فليس لها الرجوع فيه إن كانت فعلت ذلك صلة للرحم، إن كانت بينهما[(٢)] /٢٥٦/، فدل ذلك من مذهبه على أنه لا يقتصر بذلك على ذي[(٣)] الأرحام المحارم، فوجب أن يكون مذهبه مجاوزة ذلك إلى الذين يلونهم بدرجة، وهم أولاد الأعمام، وأولاد العمات، وأولاد الأخوال، وأولاد الخالات؛ لأن لهم ضرباً من التخصيص، وليس ذلك لمن وراءهم؛ ألا ترى أنا لو اعتبرنا ما ذكرناه في جميع الأقارب من غير تخصيص، (كان لا ينتهي إلى حد، فإن الناس كلهم أقرباء يلتقون أكثرهم عند سام بن نوح، والباقون يلتقون عند نوح، ولا شك أنهم يلتقون عند آدم، فلا بد من تخصيص)[(٤)] ولا تخصيص غير ما ذكرناه؟

ووجهه: أن الله تعالى خصص هؤلاء ضرباً من التخصيص فقال: ﴿يَأَيُّهَا النَّبِيُّ إِنَّا أَحْلَلْنَا لَكَ أَزْوَاجَكَ اللاَّتِي آتَيْتَ أُجُورَهُنَّ﴾، إلى قوله: ﴿وَبَنَاتِ خَالاتِكَ﴾، ثم قال: ﴿وَامْرَأَةً مُؤْمِنَةً إِن وَهَبَتْ نَفْسَهَا لِلنَّبِيِّ﴾(الأحزاب: ٥٠)، فعم الأزواج وخصصهن، ثم قال ما يجري مجرى العموم: ﴿وَامْرَأَةً مُؤْمِنَةً﴾، فأشار إلى النساء أجمع بشرط[(٥)]

---

(١) في (أ): مما.
(٢) انظر الأحكام: ٣٧١/١.
(٣) في (ب): ذوي.
(٤) ما بين القوسين سقط من (أ).
(٥) في (أ): بشروط.

الإيمان، فجعل لهؤلاء ضرباً من التخصيص، ومن طريق العرف حصل لهم ضرباً من التخصيص في الحنو والشفقة، كما لذوي الأرحام المحارم بالآية[١]، فأما الزوجات، فليست زوجيَّتها في باب التواهب بينهما جارية مجرى الرحم عند يحيى - عليه السلام- وهي تجري مجرى الرحم عند أبي حنيفة.

ووجهه: أن ما بينهما من جهة السبب، لا من جهة النسب، فأشبه الولاء، (والولاء أوكد؛ لقوله - صلى الله عليه وآله وسلم -: الولاء لحمة كلحمة النسب، ولأن) [٢] الولاء لا ينقطع، ولا يتبدل، وليست الزوجية كذلك، فإنها تنقطع وتبدل، وأيضاً قول الله - عز وجل-: ﴿وَالَّذِينَ يَصِلُونَ مَا أَمَرَ اللَّهُ بِهِ أَن يُوصَلَ﴾(الرعد:٢١)، وقال: ﴿وَإِيتَاءِ ذِي الْقُرْبَى﴾(النحل:٩٠)، لم يحمل أحد من المفسرين على الزوجين، وكلٌّ حمله على ذوي الأرحام، فوجب أن تكون الزوجية في هذا الباب كالولاء في جواز الرجوع في الهبة معها.

قال: فإن وهب على العوض، طالب بالعوض، إن كان معلوماً، وإن كان مجهولاً، فالهبة فاسدة يرجع فيها ما دامت قائمة بعينها، وفي قيمتها بعد استهلاكها.

[وهو منصوص عليه في (الأحكام) و(المنتخب) [٣]].

قد ثبت أن الهبة على العوض جارية مجرى البيع؛ لذلك أوجبنا فيها الشفعة، وأن العوض كالثمن، وكما أن للبائع أن يطالب المشتري بالثمن، كان للواهب أن يطالب الموهوب له بالعوض، إن كان معلوماً، فإن كان مجهولاً، فيجب أن تكون الهبة فاسدة، كفساد البيع بجهالة الثمن، فإذا فسدت الهبة، كان للواهب الرجوع فيها إن كانت قائمة، وفي قيمتها إن كانت تالفة، كما يجوز للبائع بيعاً فاسداً أن يرجع في المبيع، وينقضه، إن كان المبيع قائماً، أو في قيمته إن كان تالفاً.

---

(١) في (أ): ثلاثة.

(٢) ما بين القوسين سقط من (أ).

(٣) انظر الأحكام: ٢/٢٠٢، والمنتخب: ٣٤٠.

مسألة: في هبة الدين

قال: وكل من /٢٥٧/ وهب ديناً له على رجل، لم يجز له الرجوع فيه.

[وهو منصوص عليه في (الأحكام) و(المنتخب) [(١)]].

إلا أن يهبه على عوض مجهول، فله الرجوع فيه تخريجاً.

وذلك أن الدين في حكم المستهلك؛ لأنه ليس بعين قائمة، وإنما هو شيء في الذمة، فليس له الرجوع فيه؛ لأن ما صح الرجوع فيه لقيام عينه يبطل الرجوع إذا علم باستهلاكه، ثم لم يطلب في الحال على ما سلف القول فيه، فأولى ألا يثبت حق الرجوع فيما هو يوم الهبة في حكم المستهلك.

وقلنا: إلا أن يكون على عوض مجهول، لأنه يصير في حكم البيع[(٢)]، فكما[(٣)] أن من باع شيئاً في ذمته بثمن مجهول، يكون البيع فاسداً، كذلك من وهب شيئاً في ذمته بعوض مجهول، كانت الهبة فاسدة.

مسألة: في عدم قبول الموهوب له الهبة والصدقة

قال: وكل من وهب شيئاً، فلم يقبله الموهوب له، كانت الهبة فاسدة، وجاز للواهب الرجوع فيه، وكذلك الصدقة.

[وهو منصوص عليه في (الأحكام) [(٤)]].

قد بينا فيما سلف أن عقد الهبة يفتقر إلى الإيجاب والقبول، كالبيع، ودللنا[(٥)] على صحته بما لا فائدة في إعادته، فكذلك الصدقة، ولا يمتنع أن يكون القبض يجري

---

(١) انظر الأحكام: ٢/٢٠١، والمنتخب: ٣٤١.
(٢) في (ب): المبيع.
(٣) في (أ): كما.
(٤) انظر الأحكام: ٢/٢٠٠.
(٥) في (أ): ذلك.

مجرى القبول، خصوصاً في الصدقة، فإن العرف[1] بين المسلمين جارٍ بذلك، والتعامل به دائم.

مسألة: في الصدقة على الصبي

قال: وما تصدق به على الصغير، انتظر بلوغه، فإن قبل بعد البلوغ، جاز، وإن لم يقبله، لم يكن له.

[وهو منصوص عليه في (الأحكام)[2]].

وهذا يجب أن يكون المراد به إذا قبل عنه من ليس بولي؛ لأنه إذا لم يكن قابل أصلاً، لم تقف الهبة أصلاً؛ لأن العقد لا يقف، كما نقول ذلك في البيع والنكاح، فإذا قبله، انعقدت، ووقفت، وتكون باقية على ملك الواهب إلى أن يبلغ الصغير، فيجوز القبول، هذا معنى قوله: يقبله، أو يفسخه فتبطل الهبة، فإن قبل وليه، جاز قبوله عليه، وذلك كما يجوز قبول سائر العقود عنه، كالبيع، والإجارة.

مسألة: في موت الموهوب له

قال: ومن وهب شيئاً لا يجوز للواهب الرجوع فيه، ثم مات الموهوب له، كان لورثته، ولم يرجع الواهب ولا ورثته على ورثة الموهوب له.

[وهو منصوص عليه في (الأحكام)[3]].

هذا (لا خلاف فيه)[4]؛ لأن ملك الموهوب له قد استقر، فجرى مجرى سائر أملاكه.

قال: وكذلك إن مات قبل أن يقبض ما وهب له، لم يرجع الواهب فيه، وذلك أنا قد بينا أن القبض ليس بشرط لاستقرار الهبة بما كفى، فهو جار في هذا الباب مجرى البيع.

---

(١) في (أ): الفرق.
(٢) انظر الأحكام: ٢٠٠ - ٢٠١.
(٣) انظر الأحكام ٢/١٩٩.
(٤) ما بين القوسين سقط من (ب)، ونبه عليه في الهامش.

مسألة: في الرجوع عن الصدقة

قال: ومن تصدق بصدقة، لم يجز له الرجوع /٢٥٨/ فيها، سواء تصدق بها على صغير، أو كبير، قريب أو بعيد.

[وهو منصوص عليه في (الأحكام)[1]].

وهذا قد مضى القول فيه، ولا يحتاج إلى إعادته..

(١) انظر الأحكام ٢/٢٠١، ٢٠٢.

باب القول في العُمرى والرُّقبى

مسألة: في حكم العمرى والرقبى وكيفيتهما

العمرى والرقبى يجريان مجرى الهبة إن لم يقيدا بوقت، فإذا قال رجل لرجل: قد أعمرتك جاريتي هذه، أو داري هذه، أو غيرهما، كان ذلك بمنـــزلة الهبة.

[وهو منصوص عليه في (الأحكام) و(المنتخب) (1)].

قول أبي حنيفة: أن العمرى بمنـــزلة الهبة، وأن الرقبى باطلة، وقد قال: إنها عارية، ولعل المرجع بالعبارتين واحد.

وحكي عن أبي يوسف أن الرجل إذا قال: لك داري هذه رقبى، أنها هبة، ويبطل قوله: رقبى.

والشافعي اختلَف قوله، فحكي عنه أنه قال في القديم: إنه يكون حياته له، ثم يرجع إلى المُعمِّر، وحكي ذلك عن مالك، وحكي أيضاً عن الشافعي في الجديد أن ذلك عطية صحيحة، وذكر أيضاً أن الرقبى صحيحة، وهي أن يقول: هي لك، فإن متَّ قبلي، رجعت إليَّ، وإن متُّ قبلك، كانت لك، فالشرط باطل، والعطية صحيحة، وهذا قريب من قول أبي يوسف.

وتحصيل مذهب يحيى - عليه السلام -: أن العمرى والرقبى بمنـــزلة واحدة، إذا أطلقتا، ولم تقيدا بوقت، كانتا بمنزلة الهبة الصحيحة، وإذا قيدتا لوقت، كانتا بمنزلة العارية، ودل كلام الناصر على أنه يجعل العمرى المطلقة راجعة إلى من أعمرها، وإن ذكر العَقِب، كانت بعد المعمر لورثته.

واعلم أن العمرى في اللغة مشتقة من العُمر، ويجوز أن يكون عمر المعمر نفسه، كأنه عبر عن البقاء بالعمر، كأنه قال: هذه الدار أو الجارية لك ما بقيت.

---

(1) انظر الأحكام: ٢/٢٠٢، والمنتخب ٣٥٢.

ولفظة الرقبى يجوز أن تكون مشتقة من الترقب، كأن كل واحد منهما يترقب موت صاحبه، ويجوز أن تكون مشتقة من الرَقَبَة، كأنه يقول: قد جعلت رقبته لك، فلما احتملتا[1] هذه الوجوه، لم نحملها على اللغة، ورجعنا إلى قضية الشرع فيهما، وقلنا بموجبه من أنهما يقتضيان الهبة، إلا أن الهبة تنصرف تارة إلى الأعيان، وتارة تنصرف إلى المنافع، والعين تكون كالعارية، فكان الأصل فيهما الحديث المشهور، رواه الطحاوي - في (شرح الآثار) - وغيره، أن رسول الله - صلى الله عليه وآله وسلم - قال: «لا تعمروا، ولا /٢٥٩/ ترقبوا، فمن أعمر شيئاً، أو أرقبه، فهو للوارث إذا مات»[2]. فلم يفصل بين العمرى والرقبى، فأجراهما مجرى واحداً، وهو نفس قول يحيى بن الحسين - عليه السلام - خلاف ما ذهب إليه أبو حنيفة من التفرقة بينهما، وهذا الحديث رواه ابن جريج، عن عطاء، عن جابر، قال قال رسول الله - صلى الله عليه وآله وسلم -: .. ودل هذا الخبر على أنهما إذا أطلقتا، كانتا هبة باتة.

وروى الطحاوي، عن أبي سلمة، عن جابر، أن رسول الله - صلى الله عليه وآله وسلم - قال: «أيّما رجل أعمر عمرى له ولعقبه، فإنها للذي يعطاها؛ لأنه أعطى عطاء أوقعت فيه المواريث»[3]. فدل تعليله - صلى الله عليه وآله وسلم - بأنه أعطى عطاءً أوقعت فيه المواريث، على أنها قد تكون على غير هذا الوجه، فصح بذلك ما ذهبنا إليه من أنها إذا أطلقت، كانت هبة، وإذا قيدت بوقت، كانت عارية؛ لأنهما لو كانتا هبة على كل وجه وقعتا، لم يكن لتعليله معنى، إذ كان يكون وجود العلة وعدمها سواء، ثم سائر الأخبار الواردة في العمرى وردت مطلقة، منها: حديث زيد بن ثابت أن النبي - صلى الله عليه وآله وسلم - جعل العمرى ميراثاً[4]، وهذا هو ما نذهب إليه إذا كانت مطلقة.

---

(١) في (أ): احتملت.

(٢) أخرجه الطحاوي ٩٣/٤، وابن حبان ٥٢٩/١١، وأبو داود ٢٩٥/٣، والنسائي ١٣٠/٤، والبيهقي ١٧٥/٦، والطبراني في الأوسط ٦٧/٧.

(٣) أخرجه الطحاوي ٩٣/٤، ومسلم ١٢٤٥/٣، وابن حبان ٥٣٨/١١، والترمذي ٦٣٢/٣، وأبو عوانة ٤٦٤/٣.

(٤) أخرجه ابن حبان ٥٣٤/١١، والترمذي ٦٣٢/٣، والنسائي ١٢٨/٤، وابن ماجة ٧٩٦/٢، وعبد الرزاق ١٨٦/٩.

وعن أبي سلمة، عن جابر بن عبدالله، قال: قال[1] رسول الله - صلى الله عليه وآله وسلم -: « العمرى جائزة لمن وهبت له»[2].

فإن قيل: روي عن جابر بن عبدالله: أن رسول الله - صلى الله عليه وآله وسلم - قضى في امرأة من الأنصار أعطاها ابنها حديقة نخل، فماتت، فقال ابنها: أعطيتها حياها، فقال: «هي لها حياها وموها». قال: فإني كنت تصدقت بها عليها، فقال: «فذاك أبعد لك»[3]. فأبطل - صلى الله عليه وآله وسلم - الشرط.

قيل له: يجوز أن يكون أبطل الشرط؛ لأن الابن حاول إثباته بمجرد الدعوى، وكان الظاهر أنه أعطى عطاء مطلقاً، ليكون ذلك موافقاً لقوله المشهور - صلى الله عليه وآله وسلم -: «المسلمون عند شروطهم». على أنا لا نمنع أن نقول[4]: الهبة إذا لم تكن بلفظ العمرى، لم يثبت شرط التوقيت فيها، على أن من قول أبي حنيفة أن الرجل إذا قال: داري لك عمرى عارية، أو سكنى، كان ذلك عارية، فنقيس عليه قوله: لك عمرى لوقت كذا، والعلة أنه لم يتمم العمرى، بل عدل بها إلى صفة الهبة.

مسألة: في وطء الجارية العمرى والرقبى

قال: ويكره إن كانت العمرى جارية، أو الرقبى ، أن يطأها المعمَر أو المرقب حتى تثبت، ويتيقن أن ذلك غير مؤقت.

[وهو منصوص عليه في (المنتخب)[5]].

وذلك لما /٢٦٠/ بينا أنهما مع التوقيت يكونان عارية، فيكره الإقدام على الوطء مع الشبهة حتى يحصل اليقين.

---

(١) في (أ): قال لي.

(٢) أخرجه البخاري ٩٢٥/٢، وأبو عوانة ٤٦٧/٣، والنسائي ١٣٤/٤، والطحاوي ٩٢/٤.

(٣) أخرجه البيهقي ١٧٤/٦، وأبو داود ٢٩٥/٣، وابن أبي شيبة ١٥/٦.

(٤) في (أ): تكون.

(٥) انظر المنتخب: ٣٥٣.

مسألة: في الاختلاف على إطلاق العمرى وتقييدها

قال: ولو أن رجلاً أعمر رجلاً جارية عمرى مطلقة، ثم ادعى أنه أعمرها إلى وقت، وجبت عليه البينة[١]، واليمين على المعمر، وذلك أن الظاهر فيها الإطلاق والإبهام، فإن ادعى المعمر وقتاً لم يظهر، فعليه البينة، وعلى المنكر اليمين.

قال: وإذا ثبتت العمرى، وكانت جارية، لم يكره حينئذ وطؤها، وذلك كأنه[٢] قد استقر ملكه لها حكماً.

[وجميعه منصوص عليه في (المنتخب)[٣]].

مسألة: في العمرى المؤقتة

قال: ولو أن رجلاً قال لرجل: قد أعمرتك جاريتي هذه عمري، أو عمرك، كانت العمرى على ما شرطت، لأنها عمرى مؤقتة، وقد قال النبي - صلى الله عليه وآله وسلم -: «المسلمون عند شروطهم».

قال: وإن كانت العمرى جارية، لم يحل للمعمر له أن يطأها؛ لأن الهبة ليست صحيحة، وذلك لما بينا من أن العمرى المؤقتة عارية، فإن الجارية المعارة لا يحل وطؤها، لا خلاف فيه بين المسلمين.

[وجميعه منصوص عليه في (المنتخب)[٤]].

مسألة: في وطء الجارية العمرى المؤقتة

قال: فإن وطئها عالماً بالتحريم، لزمه الحد، وإن كان أولدها، كان الولد مملوكاً لسيد الجارية.

---

(١) في (أ): وجبت البينة.
(٢) في (أ): أنه.
(٣) انظر المنتخب: ٣٥٣.
(٤) انظر المنتخب: ٢٥٢.

[وهو منصوص عليه في (المنتخب)[١]].

وذلك أن الوطء إذا كان حراماً عنده، وعلم أنه كذلك، كان ذلك زنى، إذا لم يعرض هناك شبهة، ولا يجعل الاختلاف فيه شبهة، إذ لا[٢] يعتبر ذلك أحد، فإن كلاً أوجب حداً ما على أمر فيه خلاف، فصح بالإجماع أن وقوع الخلاف لا يوجب أن يكون الشيء شبهة إذا كان عند الفاعل أنه حرام، ولم يكن هو ممن اشتبه عليه ذلك، فصار الفعل زنى محضاً، وسنــزيد شرح هذا في كتاب الحدود.

وقلنا: إن الولد يكون مملوكاً لسيد الجارية؛ لأن النسب إذا لم يثبت – لقوله - صلى الله عليه وآله وسلم -: «وللعاهر الحجر» - كان عن زنى، فوجب أن يكون مملوكاً في حكم أمه.

قال: وإن وطئها لشبهة العمرى غير عالم بالتحريم، سقط عنه الحد، ولزمه قيمة ولده لسيد الأمة إن كان أولدها، [وهو منصوص عليه في (المنتخب)[٣]].

ويلزمه[٤] عقرها تخريجاً؛ لأن الوطء إذا وقع عن شبهة الملك، لم يجب الحد، ووجب أن يثبت النسب، ويلزم العقر، كما يكون ذلك في الوطء الواقع عن شبهة عقد النكاح، لا خلاف فيه، وألزمناه قيمة الولد؛ لأنه في حكم المملوك لسيد الأمة؛ لأن الولد في باب الحرية والرق يكون في حكم الأم، ما لم يعرض أمر يغير ذلك، والنسب ثابت، وهو مع ذلك حر، لكن لا يسقط حق سيد /٢٦١/ الأمة، فوجب أن يلزمه قيمة الولد كما بيناه في ولد المغرور، لا خلاف فيه.

مسألة: في العمرى المبهمة

قال: وإذا أعمر رجل رجلاً جارية عمرى مبهمة صحيحة، ومات المعمر قبل أن يطأها، كان لولده من بعده أن يطأها.

---

(١) انظر المنتخب: ٢٥٤.

(٢) في (أ): إذا لم.

(٣) انظر المنتخب: ٣٥٣.

(٤) في (ب): ويلزم.

[وهو منصوص عليه في (المنتخب) [(١)]].

وذلك لأن[(٢)] الملك لا حرمة له ما لم يقع معه الوطء، كعقد النكاح ، يكون له حرمة وإن لم يقع الوطء، فلذلك أبحناها للولد، وهذا مما لا خلاف فيه.

مسألة: في العمرى والرقبى في الضياع ونحوها

قال: ويجوز العمرى والرقبى في الضيعة والنخلة والجمل وغير ذلك، مبهماً ومقيداً، وذلك أن المبهم من ذلك يكون هبة، وهبة هذه الأشياء تصح بمعنى[(٣)] المنافع، وذلك أيضاً يصح.

[والمسألة منصوص عليها في (الأحكام) [(٤)]].

---

(١) انظر المنتخب: ٣٥٤.
(٢) في (ب): أن.
(٣) في (أ): تصح ذلك بمعنى.
(٤) انظر الأحكام: ٢٠٢.

باب القول في السكنى

مسألة: في السكنى المؤقتة

ولو أن رجلاً دفع عرصة إلى رجل[1] ليبني فيها، ويسكنها إلى وقت معلوم، فبناها، وسكنها إلى ذلك الوقت، ثم طالبه الدافع بتفريغ العرصة، حكم له عليه بنقض بنائه، وتفريغ الغرصة.

[وهو منصوص عليه في (المنتخب) [2]].

وذلك لقوله - صلى الله عليه وآله وسلم -: «العارية مؤداة». وقوله: «على اليد ما أخذت حتى ترد». وصاحب الأرض معير، فوجب أن يكون له الرجوع في العارية، كما يرجع في سائر العواري؛ لأنه بعد المدة بمنـزلة الغاصب، وبمنزلة من وضع شيئاً في أرض غيره، فيؤمر برفعه، وتفريغ ملك[3] الغير.

مسألة: في السكنى المبهمة

قال: وإن كان دفع العرصة إليه سكنى، ولم يؤقت له وقتاً[4]، فبناها المدفوع إليه، فطالبه الدافع بالعرصة، قضي له على المدفوع إليه بذلك، وقضي عليه بقيمة بنائه إن أحب المدفوع إليه.

[وهو منصوص عليه في (المنتخب)[5]].

اعلم أن من دفع عرصة للسكنى، وأذن له في البناء فيها، فإنه لا يخلو من أن يأذن له في البناء مؤقتاً، أو غير مؤقت، ولصاحب العرصة على الوجهين المطالبة بتفريغ

---

(١) سقط من (أ) إلى رجل.
(٢) انظر المنتخب: ٣٥٥ ، ٣٣٦.
(٣) في (ب): أرض.
(٤) في (أ): بوقت.
(٥) انظر المنتخب: ٣٣٦.

العرصة، وتسليمها إليه، فإن طالب بتفريغ المؤقت قبل انقضاء المدة، فإنه يغرم قيمة بنائه إن شاء صاحب البناء، وإن[١] طالب بعد انقضاء المدة، فلا غرامة عليه، ويؤخذ بتفريغ عرصته، وقلع ما عليها، وإن طالبه بتفريغ العرصة، وقد أذن له في البناء مطلقاً غير مؤقت، فإن صاحب العرصة يغرم قيمة البناء إن شاء الباني.

قال أبو حنيفة: لا يغرم البناء إلا على[٢] وجه واحد، وهو أن يأذن له في البناء إلى وقت/٢٦٢/ معلوم،ثم يطالبه برفع البناء قبل ذلك الوقت، ولا يغرم في الوجهين الآخرين.

وعن الشافعي أنه يغرم في الوجوه الثلاثة، إلا أن يكون اشترط عليه القطع والرفع في المؤقت عند انقضاء الوقت.

وحكي مثل قولنا عن المزني أنه يضمن في وجهين من الثلاثة.

حصل الوفاق بين الجميع في ضمان وجه واحد، وهو إذا أعارها مؤقتاً، ثم طالب[٣] برفع البناء قبل مضي الوقت.

ووجهه: أنه غره في البناء والغرس، وفي تبقيتهما[٤] إلى المدة المضروبة، فلما طالبه برفعها، وجب أن يغرم ما لزمه من الضرر لغروره[٥] إذا طالب بذلك قبل انقضاء المدة، كما يضمن البائع عند الاستحقاق ما دخل بغروره، وأيضاً لم يكن الباني[٦] من حين بنى إلى حين طلب[٧] بالنقض متعدياً، فوجب أن يضمن ما غرم فيه، كما نقول في المشتري إذا بنى ولا شفيع يطالبه[٨]:إن الشفيع إذا قام، غرم قيمة بنائه، فإذا ثبت ذلك، لزم ذلك من أعار سكنى مطلقة. خلافاً لما ذهب إليه أبو حنيفة من أنه لا يغرم، وذلك أن الإطلاق يقتضي التأبيد بظاهره، فيكون الدوام حكمه مع الإطلاق حكم

---

(١) في (أ): وإن شاء طالب.
(٢) في (ب): في.
(٣) في (أ): ثم طالب بذلك قبل انقضاء مضي الوقت.
(٤) في (ب): تبقيتها.
(٥) في (أ): بغروره.
(٦) في (أ): الباقي.
(٧) في (أ): طلب بالنقص.
(٨) سقط من (أ) يطالبه.

المدة المضروبة مع التوقيت؛ ألا ترى أن من حلف ألا يكلم زيداً شهراً، يلزمه الحنث مع كلامه في الشهر، كما أن من حلف ألا يكلمه، وأطلق، يلزمه الحنث[١] متى كلمه؟ وإذا ثبت ذلك، كان المعير إذا أطلق له البناء غير مؤقت، كان قد غره في البناء، وفي تبقيته على الدوام أبداً، فمتى طالبه برفع البناء، لزمه أن يغرم قيمة بنائه، قياساً على المسألة الأولى واستدلالاً عليها، كما استدللنا على المسألة الأولى، فإذا طالبه برفع البناء عند انقضاء المدة في الإعارة المؤقتة، فإنه لا يضمن قيمة البناء، خلافاً لما ذهب إليه الشافعي؛ لأنه لم يغره حين عرَّفه الوقت الذي[٢] تنقضي فيه العارية، ولأنه بعد ذلك يكون متعدياً، وإن لم يطالب صاحب العرصة بالتفريغ؛ لأن الأذن له وقع إلى غاية معلومة، فليس له أن يسكنها بعد ذلك إلا بإذن ثان، فسبيله سبيل الغاصب في أنه لا يغرم له المغصوب منه قيمة بنائه، وأيضاً حكي عن الشافعي أنه لا يضمن إن كان شرط له الرفع بعد المدة، وهذا يمكننا أن نقيس عليه ما اختلفنا فيه بانقضاء مدة الإذن، على أن ذلك الشرط لا يفيد أمراً؛ لأن الإذن له حصل إلى مدة، فبعد المدة يعود الأمر فيه إلى الحظر الذي كان من قبل، وإنما يكون الشرط مؤكداً، لا[٣] أنه يفيد أمراً لم يكن في ذلك، /٢٦٣/ كقوله: ﴿وَكُلُوا وَاشْرَبُوا حَتَّى يَتَبَيَّنَ لَكُمُ الْخَيْطُ الأَبْيَضُ مِنَ الْخَيْطِ الأَسْوَدِ﴾(البقرة: ١٨٧)، فوقعت الإباحة إلى هذا الوقت، فكان ما بعده عائداً إلى الحظر[٤] الأول، وقوله – عز وجل –: ﴿ثُمَّ أَتِمُّوا الصِّيَامَ إِلَى اللَّيْلِ﴾ هو للتأكيد، وعلى هذا ﴿ولا تَقْرَبُوهُنَّ حَتَى يَطْهُرْنَ﴾(البقرة: ٢٢٢)، لو خلينا وظاهره، قلنا: إنما تحل عند انقضاء الحيض، لكن دل الدليل على أنه لا بد من التطهر بعد ذلك.

قال: وكذا القول إن أعاره جداراً ليبني عليه مؤقتاً، وغير مؤقت.

ووجهه: ما مضى في إعارة العرصة، فلا غرض في إعادته.

---

(١) في (أ): يلزمه متى.

(٢) في (ب): التي.

(٣) في (أ): لأنه.

(٤) في (أ): الحصر.

مسألة: في اشتراط عدم الخروج من العرصة

قال: ولو أنه لما دفع إليه العرصة، شرط ألا يبرح منها هو وعقبه، لم يجز له أن يخرجهم منها، إلا بحدث يحدثونه في الإسلام، فإن أحدثوا، وأراد الدافع أو ورثته إخراجهم، غرم لهم قيمة بنائهم.

[وهو منصوص عليه في (الأحكام)(١)].

قوله: لم يجز أن يخرجهم محمول على الكراهة؛ لأنه إخلاف في الوعد، وتغرير للمعار، وعدول عن الوفاء، فأما من طريق الحكم، فله ذلك؛ لأن المرء أولى بملكه من المعار، لا خلاف فيه، والكلام في غرامة قيمته هو ما مضى، فلا معنى لإعادته.

مسألة(٢): في توقيت السكنى بالموت

قال: ولو أنه لما دفع العرصة إليه قال له: ابنها لك سكنى إلى أن تموت، فبناها، وسكنها، ثم مات الدافع، لم يكن لورثته إخراجه منها ما دام حياً، فإذا مات، قضي على ورثة المدفوع إليه لورثة الدافع بتفريغ العرصة.

[وهو منصوص عليه في (الأحكام) و(المنتخب) (٣)].

وهذا كالأول، المنع لورثة الدافع من إخراجه على سبيل الكراهة لما بيناه، وذلك أن الوارث يقوم مقام الموروث فيما له وعليه، فيستحب لهم إتمام ما بذله من مورثهم، فإذا مات، ارتفعت الكراهة؛ لأن مدة الإعارة قد استوفيت، وهذا فيما زاد على الثلث، فأما مقدار الثلث، فهو كالوصية له، وليس للورثة أن يمنعوه.

مسألة: في اشتراط البناء بالسكنى

قال: وإن قال له: ابنها، واسكنها بالبناء، فبناها، ولم يسكنها، ومات، قضي على

---

(١) انظر الأحكام: ٢/٣١٥.
(٢) سقط من (ب) لفظ مسألة.
(٣) انظر المنتخب: ٢٥٥ ، والأحكام ٢/٣١٥.

ورثة[١] المدفوع إليه بنقض البناء، وكان النقض لهم، وإن كان بناها، وسكنها قليلاً أو كثيراً، ثم مات، كان البناء لصاحب العرصة إن كان حياً، ولورثته إن كان ميتاً، وإن كان الدافع لم يشترط البناء، كان النقض لورثة المدفوع إليه إذا طولبوا بتفريغ العرصة.

[وهو منصوص عليه في (المنتخب)[٢]].

قد مضى الكلام في وجوب[٣] تفريغ العرصة، فإذا كان قال للباني اسكن بالبناء، فهو عمل[٤] استحق عليه أجرة المثل؛ لأنه يجري مجرى الإجارة الفاسدة.

وقوله: البناء لصاحب /٢٦٤/ العرصة بما سكن الباني متأول على أنه يسلمه عن أجرة المثل إن كانت الأجرة بلغته، على سبيل الصلح، ليكون ذلك على ما وقع العقد به، وإلا فلا وجه له سواه.

---

(١) في (أ): صاحب.
(٢) انظر المنتخب: ٣٥٥.
(٣) في (أ): في تفريغ.
(٤) في (أ): فرجع استحق.

باب القول في الوقف

مسألة: فيما يجوز وقفه

يجوز للرجل أن يقف ضيعته، وداره، وما يملكه من الحيوانات، وغير ذلك، على القريب والبعيد، مؤبداً وغير مؤبد.

[وهو منصوص عليه في (المنتخب) [1]].

معنى قولنا: مؤبداً وغير مؤبد، هو أن الوقف يصح، سواء ذكر لمصرفه وجهاً يتأبد، أو لم يذكر، وذكر وجهاً ينقطع، فإن كان ذكر لمصرفه وجهاً يتأبد، فلا خلاف في صحته بين القائلين بصحة الوقف، وإن لم يذكر، صح الوقف على ما نبينه، ونبين الكلام في مصرفه.

ومن أصحابنا من ظن أن معناه أن[2] الشيء يكون وقفاً مدة، ثم يرجع إلى المالك ملكاً له، وهذا غلط؛ لأن الوقف إذا استقر، لم يرجع ملكاً بتة؛ لما نبينه.

وذهب العلماء بأجمعهم إلى صحة الوقف، غير أبي حنيفة، فإنه يذهب إلى أنه لا يصح، وأن للواقف الرجوع إن شاء، ولورثته بعده إن شاؤوا.

والأصل فيـــه: ما ثبت من الروايات المتظاهرة أن النبي - صلى الله عليه وآله وسلم - وقف.

ويدل على ذلك ما روي عنه - صلى الله عليه وآله وسلم -: «نحن معاشر الأنبياء لا نورث ما تركناه[3] صدقة»[4]. فبين أن شريعته وشريعة من مضى من الأنبياء أن الإرث لا يتناول ما تركوه على وجه الصدقة، فدل ذلك على صحة الوقف.

---

(١) انظر المنتخب: ٣٦٤.

(٢) في (أ): من ظن أن الشيء.

(٣) في (أ): تركنا.

(٤) أخرجه مسلم ١٣٧٨/٣، وابن حبان ١٥٣/١١، والنسائي ٦٥/٤، والبيهقي ٣٠٠/٦ عن أبي بكر.

فإن قيل: ما تنكرون أن يكون المراد به لا نورث بتة؟

قيل له: ما ذكرناه هو حقيقة اللفظ؛ لأن الإنسان الحر لا يورث، وإنما يورث ما تركه، فنفي الإرث عن المتروك على وجه الصدقة؛ لأن ذلك لو لم يكن كذلك، لكان الكلام يتم عند قوله: «لا نورث[١] ما تركناه». وكان يبقى قوله: «صدقة» منفرداً لا يتعلق به ما قبله، وذلك إخراج له من الفائدة، فصح ما قلناه.

فإن قيل: ما تنكرون على من قال لكم: إن الكلام تم عند قوله: «لا نورث». وما بعده ابتداء وخبره؟

قيل له: هذا يكون مجازاً؛ لأن الحر لا يورث على ما بيناه، وقوله – صلى الله عليه وآله وسلم – محمول على الحقيقة لا على المجاز، على أن هذا التأويل ينافي قول الله – عز وجل –: ﴿/٢٦٥/ وَوَرِثَ سُلَيْمَانُ دَاوُدَ﴾(النمل:١٦)، وقوله حاكياً عن زكرياء: ﴿يَرِثُنِي وَيَرِثُ مِنْ آلِ يَعْقُوبَ﴾(مريم:٦)، وقوله: ﴿يُوصِيكُمُ اللهُ فِي أَوْلادِكُمْ لِلذَّكَرِ مِثْلُ حَظِّ الأُنْثَيَيْنِ﴾(النساء:١١)، فصار ما تأولناه هو الصحيح، وقد اشتهر أن[٢] علياً – عليه السلام – وقف من ماله بينبع، ووادي القرى، وغيرهما، رواه زيد بن علي، عن أبيه، عن جده، عن علي – عليهم السلام – أنه تصدق بها، وكتب كتاباً فيه، واشترط فيه لا يباع، ولا يوهب، ولا يورث، أنا حي، أو ميت[٣]. إلى آخر ما ذكره.

وروى ابن عمر أن عمر أصاب أرضاً بخيبر، فأتى النبي – صلى الله عليه وآله وسلم – فقال: إني أصبت[٤] أرضاً لم أصب مالاً قط أحسن منها فكيف تأمرني؟ قال – صلى الله عليه وآله وسلم –: «إن شئت، حبست أصلها، لا يباع، ولا يوهب»[٥]. قال الراوي، وهو أبو عاصم: وأراه قال: ولا يورث، قال: فتصدق بها في

---

(١) سقط من (ب): لا نورث .

(٢) في (ب): أن النبي، وشكل عليها.

(٣) المسند كتاب الشركة، باب الهبة والصدقة.

(٤) في (أ): أصيب.

(٥) أخرجه البخاري ٩٨٢/٢، ومسلم ١٢٥٥/٣، والترمذي ٦٥٩/٣، وأبو داود ١١٦/٣، عن نافع عن ابن عمر وفيه: ولا يورث .

الفقراء والقربى، إلى آخر الحديث.

وعن ابن عمر أن عمر استشار رسول الله - صلى الله عليه وآله وسلم - بمال له ذكر موضعه، فقال - صلى الله عليه وآله وسلم -: «تصدق به، يقسم ثمره، ويحبس أصله، لا يباع، ولا يوهب»(١).

وروي أن عثمان اشترى بئراً، ووقفها على جميع المسلمين، وجعل دلوه فيها كبعض دلاء المسلمين.

وعن عبد الرحمن بن عوف أنه وقف، فصار إنكار الوقف إنكاراً لأمر مشتهر لا يخفى على من نظر في الروايات.

فإن قيل: روي عن شريح أنه قال: جاء محمد بمنع الحبس. قيل له: (المراد بذلك حبس الجاهلية من السائبة، والوصيلة، والحام، ونحو ذلك. فإن قيل: هو على العموم، ويدخل ما ذكرتم وما اختلفنا فيه)(٢).

قيل له: ما قدمناه من الأدلة يخرج ما اختلفنا فيه من عمومه؛ لأنه لا يجوز أن يرفع النبي - صلى الله عليه وآله وسلم - الحبس، ثم يقول لعمر: «حبِّسِ الأصل، لا يباع، ولا يوهب»؛ لأن ذلك يتناقض، فصح ما ذكرناه من التخصيص، وعلى هذا يحمل ما روي عن ابن عباس: لا حبس بعد سورة النساء.

فإن قيل: روي أن عبدالله بن زيد الأنصاري جعل حائطاً له صدقةً، وجعله إلى رسول الله - صلى الله عليه وآله وسلم- فأتى أبواه النبيَ - صلى الله عليه وآله وسلم - فجعلها لهما، ثم ماتا، فورثهما(٣).

قيل له: يجوز أن يكون النبي - صلى الله عليه وآله وسلم - جعل غلتها لأبويه، ثم صرفها بعد ذلك إلى الواقف، وذلك مما يجوز عندنا، إذ ليس في الخبر أنه - صلى الله

---

(١) أخرجه ابن حبان ٢٦٣/١١، والبيهقي ١٦٠/٦ عن نافع عن ابن عمر.
(٢) سقط ما بين القوسين من (أ).
(٣) أخرجه الحاكم ٣٨٧/٤، والدارقطني ٢٠٠/٤ عن عبدالله بن زيد.

عليه وآله وسلم - ملَّكهما، ولا أنه ملَّكه بعد أبويه الأصل، وأزال حكم الوقف، ليكون ذلك موافقاً لسائر ما ذكرناه.

ويجوز أن يكون معناه أنه جعلها صدقة للفقراء لا على جهة[1] /٢٦٦/ الوقف، بل على جهة التمليك، ثم ورثهما بعد موتهما عبدالله بن زيد، كما روي أن رجلاً أعطى أمه حديقةً، ثم ماتت أمه، فقال رسول الله - صلى الله عليه وآله وسلم -: «وجبت صدقتك، ورجعت إليك حديقتك». حين عرَّفه أنه لا وارث لها غيره، ولا خلاف بين المسلمين أن من جعل أرضه مسجداً يصلي فيه، لم يجز له الرجوع فيه، وكذلك من جعل أرضه مقابر للمسلمين، وأبو حنيفة قد أجاز الوقف في الوصية، فيقاس على ذلك أجمع ما اختلفنا فيه، بعلة أنه حبس للملك على وجه القربة، وذلك يبطل قولهم: إن الوقف لا يصح؛ لأنه إخراج الشيء عن ملكه لا إلى مالك، وينقضه العتق أيضاً؛ لأن العتق إخراج العبد من ملك المالك لا إلى مالك سواه.

فإن قيل: في الأوقاف المروية عن الصحابة نحن لا ننكر أنهم قد وقفوا، وأن الوقف جائز، وليس هذا موضع الخلاف، والخلاف في الملك بحاله، وأن الرجوع فيه صحيح متى شاء الواقف، أو ورثته، وإمضاء الجميع ذلك باختيار منهم لا يدل على أنهم كانوا لا يستجيزون الرجوع.

قيل لهم: قد ثبت أنهم اشترطوا لا يباع، ولا يوهب، ولا يورث، وقد ثبت عن النبي - صلى الله عليه وآله وسلم - أنه قال لعمر: «حبِّس الأصل، لا يباع، ولا يوهب». فثبت أن ذلك هو الواجب، وأن ما قاله من ذلك حكم؛ لأنه لا يجوز أن يكون خبراً؛ لجواز أن يقع فيه الكذب، ثم قد علمنا أن عامتهم ماتوا عن ورثة صغار لا تجوز المسامحة في إضاعة أملاكهم، فلما لم تُفرز حصصهم، وأمضى الجميع على ما كان، علم أن الوقف كان قد استقر، وأنهم لم[2] يملكوه، لأنهم لو ملكوه، ثم ضيع

---

(١) في (أ): وجه.

(٢) في (ب): لا.

ملكهم وهم أطفال، كان الذين فعلوا ذلك قد أثموا، فصح بما بيناه[1] أن تلك الأوقاف أمضيت، لأنهم لم يكونوا يستحلون تغييرها، وتبديلها.

فأما ما عدا العقار، فقد اختلف في وقفه، فلم يجزه أبو يوسف، ومحمد، إلا في الخيل تحبس في سبيل الله، فإنهما أجازاه، وكذلك البقر والعبد يوقف مع الضيعة لمصالحها وعمارتها، فيكون ذلك وقفاً على سبيل التبع، وإن كان لا يصح إفراده بالوقف.

ويجوز عند الشافعي الوقف في الرقيق، والماشية، وغيرهما مما يمكن الانتفاع بها مع بقاء عينها، وهو مذهب أصحابنا.

والدليل على ذلك أن النبي - صلى الله عليه وآله وسلم - قال لعمر: «حبِّس أصلها، وسَبِّل ثمرتها» فأمر بتحبيس ما ينتفع به، وأمر بتسبيل ما لا يكون الانتفاع به إلا في الاستهلاك، فصار ذلك أصلاً لما ذهبنا إليه، فأما الخيل وتحبيسها، فهو مما لا يختلف فيه، وروي ذلك عن علي - عليه السلام - وعن ابن عباس، ولا /٢٦٧/ نحفظ فيه خلافاً عن أحد من السلف.

ويدل على ذلك قول رسول الله - صلى الله عليه وآله وسلم -: «الخيل ثلاثة: لرجل أجر، ولرجل ستر، وعلى آخر وزر، فأما الذي له أجر، فالذي يحمل عليها في سبيل الله». وعمومه يقتضي جواز حبسها للحمل عليها في سبيل الله، ورُوي عنه - صلى الله عليه وآله وسلم - أنه قال: «أما خالد، فقد حبس أدراعه وأفراسه في سبيل الله». فصح الوقف في الدرع والفرس.

وأما وقف المصاحف، والكتب، فقد اشتهر بين المسلمين لا يتناكرونه، ولا يردون شيئاً منها على الأطفال من ورثة الواقف، فصار ذلك إجماعاً منهم، فثبت بهذه الجملة صحة ما قلناه.

فأما جوازه غير مؤبد، فسيجيء القول فيه.

---

(١) في (ب): ذكرناه.

مسألة: في الوقف المطلق

قال: فكل من وقف شيئاً من ذلك وقفاً مطلقاً، لم يجز له أن يرجع فيه، ولا أن يبيعه، ولا أن يهبه، سواء أخرجه من يده، أو لم يخرجه.

[وهو منصوص عليه في (المنتخب)[١]].

قد مضى الكلام في أنه لا يصح الرجوع فيه، ولا البيع، ولا الهبة، فلا معنى لإعادته، وذهب أبو يوسف والشافعي إلى أن الوقف يصح، وإن لم يخرجه الواقف من يده، وهو قول يحيى بن الحسين - عليه السلام - وقال محمد: لا يصح إلا أن يخرجه من يده، وهو مذهب الإمامية.

ويدل على صحة ما ذهبنا إليه أن الواقفين من الصحابة كعلي - عليه السلام - وعمر، وغيره، كانوا يلون صدقات أنفسهم، ولم يرو أنهم أخرجوها من[٢] أيديهم، فصار ذلك إجماعاً منهم، والنبي - صلى الله عليه وآله وسلم - لما قال لعمر: «حبِّس أصلها، وسَبِّل ثمرها». ولم يأمره بإخراجها من يده، وأيضاً الواقف يخرج ملكه لا إلى مالك، فيجب أن يتم بمجرد القول، دليله العتق، ويدل على أنه لا معنى لخروجه من يده، أنه[٣] لو أخرجه إلى غيره، كان ذلك الغير وكيلاً في القبض؛ ألا ترى أنه يقبضه بإذنه وأمره، لا لنفسه، ولا بأمر غيره، ويد الوكيل يد الموكل؟ فكأنه لم يخرجه من يده، وإن أخرجه من يده، فبان أنه لا فائدة.

فإن قيل: يقبضه الموقوف عليه لنفسه.

قيل له: قد يكون في الوقف ما هو وقف على المساجد، والقناطر، وعلى مساكين لا بأعيانهم، فكيف يصح ذلك ولم يفرق أحد من المسلمين في هذا الباب بين شيء من هذه الأوقاف؟ ولا يصح[٤] رد من خالفنا في ذلك إلى صدقة الأعيان؛ لأنا[٥] نصححها أيضاً بغير القبض.

---

(١) انظر المنتخب: ٣٦٣.

(٢) في (ب): عن.

(٣) في (أ): لأنه.

(٤) في (أ): وقف رد.

(٥) في (أ): إلا أنا.

مسألة: في ألفاظ الوقف

قال: ولا فصل في جميع ذلك بين أن يقول: حبَّست، وبين أن يقول: وقفت[١]، وذلك أن رسول الله - صلى الله عليه وآله وسلم - قال لعمر: «حبِّس الأصل». فأمره /٢٦٨/ بالتحبيس، فمن قال: حبست، فقد امتثل لفظ النبي - صلى الله عليه وآله وسلم - ولكن يجب أن يكون معه من اللفظ ما يدل على القربة، ألا ترى أنه - صلى الله عليه وآله وسلم - قال: «وسبل الثمر». وقال أيضاً: «فأما خالد فقد حبس أدراعه وأفراسه في سبيل الله». فلم يَخلُ من لفظ يدل على القربة في الخبرين، وقد نبه القاسم - عليه السلام - عليه فيما حكيناه عنه في آخر الباب.

مسألة: في الوقف على الأولاد

قال: ولو أن رجلاً وقف ماله على أولاده، جاز الوقف، وكان وقفاً على ورثة أولاده بعدهم.

[وهو منصوص عليه في (المنتخب)[٢]].

اختلفوا[٣] في الوقف إذا لم يذكر لمصرفه أمراً يتأبد، فأبطله محمد، وأجازه أبو يوسف، وهو قول يحيى بن الحسين - عليه السلام - فأما الشافعي فاختلفت أقواله فيه، ثم اختلف المجيزون له في المصرف على ما سنبينه من بعد[٤].

والأصل في جواز ذلك: أن الوقف يستقر ويصير وقفاً بقوله: حبَّست لله، أو وقفت لله، وإن لم يذكر المصرف أصلاً[٥]، فإذا ذكر المصرف، فأولى أن يستقر، وإن لم يذكره يتأبد.

---

(١) لم أجد في مظانه نصاً بهذا.
(٢) انظر المنتخب ٣٦٣ - ٣٦٥.
(٣) في (ب): اختلف.
(٤) في (ب): بعده.
(٥) سقط: أصلاً من (أ).

الدليل على هذا حديث ابن عمر ، أن عمر[١] أصاب أرضاً بخيبر، فأتى النبي - صلى الله عليه وآله وسلم - فعرَّفه[٢]، فقال له: «إن شئت، حبَّست أصلها، لا يباع، ولا يوهب». ولم يذكر له المصرف، فلولا أن الوقف يصح من دون ذكر المصرف، لعرَّفه النبي - صلى الله عليه وآله وسلم - ولم يقتصر به على قوله: «إن شئت ، حبست أصلها». وكذا الحديث الآخر الذي قال له فيه: «تصدق به، تقسم ثمره، وتُحبِّس أصله، لا يباع ولا يوهب». فيه وجهان من الدلالة: -

أحدهما: أنه قال له: «تصدق به». ولم يقل على من[٣]. فلولا أنه يصير وقفاً بقوله: تصدقت به، لم يقتصر عليه، حتى يقول: على كذا وكذا.

والوجه الثاني: أنه قال: «تقسم ثمره، وتحبس أصله». ولم يقل: تقسم الثمر في باب يدوم، وإنما أشار إلى قسمة الثمر، وتحبيس الأصل، فدل ذلك على ما قلناه، وأيضاً يخرج العبد عن ملكه بقوله: أعتقتك، فكذلك يجب أن يخرج من ملكه بقوله: وقفت، لأن كل واحد منهما إخراج للملكه لا إلى مالك، قربةً إلى الله - عز وجل - فإذا ثبت ذلك، ثبت أن الوقف يصح إذا وقفه على رجل بعينه.

ويدل على ذلك ما روي: أن عبد الله بن زيد الأنصاري جعل حائطاً له صدقة، وجعله إلى رسول الله - صلى الله عليه وآله وسلم - فجعله رسول الله لأبويه، ثم جعله له بعد ذلك؛ فدل ذلك على ما قلناه: إنه يصير صدقة، وإن لم يذكر المصرف، وإن ذكره بعد ذلك جائز.

قال ابن أبي /٢٦٩/ هريرة، إذا قال: تصدقت بداري هذه، ولم يسبلها على قوم، على وجهين: أحدهما: باطل، والثاني: جائز، ويكون وقفاً على أقرب الناس بالمحبس[٤].

---

(١) سقط من (أ) أن عمر.
(٢) في (أ): يعرفه.
(٣) في (أ): من، قال.
(٤) في (ب): بالحبس.

قال ابن سريج: يرجع لورثة[1] الواقف، فإذا وقفه على قوم بأعيانهم، أو رجل بعينه، فماتوا[2] أو مات، فهو لورثة الموقوف عليه مصروفاً إليهم، كما نصه في هذه المسألة بقوله: إذا وقفه على أولاده، كان وقفاً على ورثة أولاده بعدهم.

قال أبو يوسف: إذا انقرض أهل الوقف، رجعت إلى الله مصروفة في وجوه القرب.

وقال الشافعي: ترجع إلى أقرب الناس بالذي تصدق به، وفرق ذلك على أقاربه الغني منهم والفقير، قالوا: وقال في موضع آخر: إلى[3] أقرب الناس به من الفقراء، فكأنه على قولين.

والدليل على صحة ما ذهب إليه يحيى بن الحسين - عليه السلام -: حديث عبدالله بن زيد: أن رسول الله - صلى الله عليه وآله وسلم - لما جعل صدقته لأبويه[4]، وماتا، وخلفاه، صرفها إليه، وفي بعض الأحاديث: «لما ماتا، قال عبدالله: مات أبواي، فهي حل لي؟ فقال رسول الله - صلى الله عليه وآله وسلم -: نعم، فكلها هنيئاً»[5]. فدل ذلك على أن عبد الله كان يعرف الحكم في ذلك، فقال له - صلى الله عليه وآله وسلم -: «نعم، فكلها». وأيضاً وجدنا حقوق الأموال وما يتعلق بها إذا مات أربابها، وجب صرفها إلى ورثتهم، فكذلك ما اختلفنا فيه؛ لأنه من حقوق الأموال، فأما إذا لم يكن ورثة، فسيجيء القول فيه.

فإن قيل: فيما مضى إذا كان أصل الوقف هو القربة، فالأولى أن يصرف إلى وجوه القرب.

قيل له: والإحسان إلى ذوي الأرحام من جملة القرب وهم أخص، فوجب أن يصرف

---

(١) في (ب): إلى ورثة.

(٢) في (أ): فماتوا ومات.

(٣) في (أ): آخر أقرب.

(٤) في (ب): على أبويه.

(٥) أخرجه الدارقطني ٤/٢٠٢، والهيثمي ٤/٢٣٣ عن عبد الله بن زيد.

إليهم، ويؤكد ذلك بقوله تعالى: ﴿وَأُولُوا الأَرْحَامِ بَعْضُهُم أَولَى بِبَعْضٍ﴾(الأنفال: ٧٥).

مسألة: في الوقف على بعض الورثة

قال: فإن وقف ماله كله على بعض ورثته دون بعض، كان المال كله وقفاً، فإن أجازه الذين لم يقف عليهم من الورثة، كان وقفاً على الذين وقف عليهم، وإن لم يجيزوه، كان الثلث وقفاً على الذين وقف عليهم، والثلثان وقفاً عليهم، وعلى الذين لم يقفه[1] عليهم على حسب مواريثهم.

[وهو منصوص عليه في (المنتخب)[2]].

هذا إن حمل على ما[3] قال في (المنتخب) من أنه لا يهب من ماله أكثر من الثلث في الصحة والمرض جميعاً، ووجهه ما مضى، وإن حمل على رواية (الأحكام) من أن للصحيح أن يعمل في ماله ما يشاء، فيجب أن يحمل على أنه أراد به إذا وقفه في المرض، وأما إن كان وقفه في الصحة، فهو ممضي على ما وقفه على رواية (الأحكام)، وهو الصحيح الذي نختاره.

ووجهه: أن وقف المال عليهم /٢٧٠/ حسن نظر لهم؛ لأنه قصد تبقيته عليهم، ومنعهم من استهلاك الأصول، فوجب أن يصح ذلك في المرض والصحة، فأما إذا وقف على بعضهم، وجب أن يصرف الثلث إليهم دون ما عداه، إذ ليس له أن يزوي عن ورثته أكثر من الثلث؛ ألا ترى أنه لو أوصى لبعض ورثته بجميع ماله، كان الثلث له، وكذا الوقف في المرض؛ لأنه يجري مجرى الوصية؟

مسألة: في الوقف المؤقت

ولو أن رجلاً وقف ضيعة له، أو داراً ، على رجل[4] عشر سنين، كانت وقفاً عليه

---

(١) في (ب): يقف.

(٢) انظر المنتخب: ٣٦٤.

(٣) في (ب): ما في.

(٤) في (ب): أو داراً عشر سنين على رجل.

إن كان حياً، أو على ورثته إن كان ميتاً. [وهو منصوص عليه في (المنتخب) [١]].

قد مضى الكلام أن ورثة الموقوف عليه أولى بالوقف بعده إذا[٢] لم يذكر مصرف الوقف بعده، فأما إذا انقرض الورثة، فالواقف أولى به، لتعلقه به؛ ألا ترى أن صدقة عبدالله بن زيد ردت إليه بعد موت أبويه، واحتمل ذلك أن تكون ردت إليه لكونه وارثاً، واحتمل أن تكون لكونه واقفاً، فحملنا الأمر على كل واحد منهما، وقدمنا الوارث لما بيناه، ثم جعلنا الواقف بعده أولى؟ ويمكن أن يقال: لو لم نجعله للواقف، وجب أن نجعله لسائر المسلمين، وهو أولى به لتعلقه به، واختصاصه بولايته، كما نقول في ذي الرحم أولى بالإرث، وفي من غلب العدو على ماله، وفي وصية من لا وارث له، وموالاة الحربي.

على أن ذكر المصرف إذا ثبت أنه إليه، فهو له، إن شاء، صرفه إلى نفسه، وإن شاء إلى غيره، كما كان له ذلك حين وقف، وإذا صار هو الأولى، كان[٣] ورثته بعده هم الأولى به على ما مضى القول، وإنما جعلناه لورثة الموقوف عليه إلى عشر سنين؛ لأن هذه المدة هي المدة التي يتعلق بها حق الموقوف عليه، وهو منقطع بعدها إذا كان ذلك شرط الواقف، وهذا يدل على أن ما عُرف من شرط الواقف لا يجوز أن يغير الوقف عنه على مذهبه، وهو مما لا أحفظ فيه خلافاً إذا كان الشرط مما يجوز أن يشترط.

مسألة: في وقف الأرض مقابر

قال القاسم - عليه السلام -: ولو أن رجلاً جعل أرضه لمقابر المسلمين، لم يجز له أن يرجع فيها، إلا أن يكون ذلك أكثر من ثلث ما يملكه، فله أن يمسك الثلثين على نفسه، ثم يمضي الثلث لما جعل له، وهذا على قوله: إن من علق النذر بجميع ماله، كان ذلك راجعاً إلى الثلث.

---

(١) انظر المنتخب: ٣٦٤.

(٢) في (أ): أن.

(٣) في (أ): إلى ورثته.

ووجهه: ما مضى في كتاب الحج عند ذكر هذه المسألة، والأصح عندي أنه جائز في جميع ماله إذا كان فعله في صحة منه.

مسألة: في تقبيل الوقف

قال: ويكره تقبيل الوقف أكثر /٢٧١/ من سنة، أو سنتين، أو نحو ذلك.

[وهو منصوص عليه في (المنتخب)[١]].

ووجهه: أنه إذا طالت مدة كونه في يد إنسان، وطال تصرفه فيه، اشتبه بالملك، و لم يؤمن وقوع الالتباس فيه، فهذا وجه الكراهة، فإن عمل خلافه، صح مع الكراهة.

مسألة: في وقف أكثر من الثلث

قال: وكل من وقف أكثر من ثلث ماله على خلاف ما يقتضيه الميراث، صح الوقف، وقسم على المواريث، يعني به الزائد على الثلث، وقد بينا شرحه على الروايتين، وبينا الصحيح عندنا في ذلك، فلا غرض في إعادته.

قال: وله أن يقف الثلث وما دونه، على ما بيناه، على ما شاء، كيف شاء، وما فعل من ذلك، وجب إمضاؤه، وهذا هو ما مضى، [وهو منصوص عليه في (المنتخب)[٢]].

مسألة: في الوقف على النفس والولد

قال القاسم - عليه السلام -: يجوز أن يقف الرجل ماله على نفسه، وولده، إذا كان في سبيل من سبل الله - عز وجل -.

يجوز أن يقف على نفسه عندنا، وعند أبي يوسف. وقال محمد والشافعي: لا يجوز، ويبطل ذلك الوقف، حكى ابن أبي هريرة ذلك عن الشافعي.

ويدل على ذلك: ما روي أن عثمان حين اشترى بئر رومة، فوقفها على الناس،

---

(١) انظر المنتخب: ٣٦٤.

(٢) انظر المنتخب: ٣٦٤.

اشترط أن يكون دلوه كدلاء المسلمين، وكذلك روي عنه أنه لما وقف، استثنى نفقته، ومؤنة عامله، وفيما روي من وقف عمر أرض خيبر: لا جناح على من وليها أن يأكل منها غير متمول، وروي غير متأثل[١]، ولم ينكر ذلك رسول الله - صلى الله عليه وآله وسلم - ولا أحد من الصحابة، فجرى مجرى الإجماع من الصحابة، فكل ذلك يدل على أن للواقف أن يستثني ما شاء، فجاز أن يستثني لنفسه وولده ما شاء، وأيضاً هو شيء له أن يضعه في الغني والفقير، فوجب أن يجوز وضعه في نفسه وولده. دليله لحوم الأضاحي، وكذا عندنا وعند محمد لحوم هدي القارن والمتمتع.

وقوله: إن كان ذلك في سبيل من سبل الله: معناه أنه يصح إذا كان في اللفظ ما يدل على القربة، كأن يقول: صدقة، أو قربة إلى الله، أو ما يجري مجراه، وهذا دل على أن[٢] من مذهبه أنه لا يصح[٣] الوقف على ما لا يجوز أن يتقرب به، وليس كذلك إنفاق المرء على نفسه وولده؛ لأنه قد يقع موقع القربة.

وروى زيد بن علي، عن أبيه، عن جده، عن علي - عليهم السلام - قال: «الاكتساب من حلالٍ جهادٌ، وإنفاقك إياه على عيالك وأقاربك صدقة»[٤].

ولا يجوز على هذا الوقف[٥] على أبنية القبور وعمارتها؛ لأن ذلك مكروه، ولا يجوز الوقف أيضاً على البِيَع، والكنائس، وبيوت النار؛ لأن جميع ذلك من جملة المعاصي.

مسألة: في وقف المشاع

/٢٧٢/ اختلف في وقف المشاع، فأجازه أبو يوسف، وأبطله محمد، ولا نص فيه لأصحابنا، والذي عندي أنه يصح في المشاع الذي تتأتى[٦] فيه القسمة؛ لأنه ليس فيه إبطال حق الغير.

---

(١) في (أ): متماثل.
(٢) سقط من (أ): على أن.
(٣) في (ب): يجوز.
(٤) المسند كتاب البيوع ، باب فضل البيوع والكسب.
(٥) في (ب): الإنفاق.
(٦) في (أ): لا تتأتى.

فإن قيل: ذلك يحط من قيمة نصيب الشريك.

قيل له: فالجار قد يجعل بيته للمقابر، وللسبل، ونحوهما، أو يجلس فيه طحاناً، أو حداداً، وكل ذلك يحط من قيمة دار الجار، ولا يمنع منه، فكذلك الواقف، فأما فيما لا[1] يتأتى فيه القسمة، فإنه يصح، وللشريك[2] فيه الخيار في فسخه؛ لأنه يؤدي إلى إبطال القسمة عليه، وذلك حق له؛ لأنه إما أن يقال: إنه يجوز أن يقسم، فيؤدي إلى أن يجري في الوقف معنى البيع، وإما أن يقال: إنه لا يجوز أن يقسم، فنكون قد أبطلنا حق الشريك؛ ألا ترى أن الشفيع يبطل الوقف على المشتري لثبوت حقه في باب الشفعة؟ فكذلك يجب أن يكون حكم الشريك.

قال أبو يوسف ومحمد: يجوز أن يباع العبد، والبقرة، إذا هرما، ولم ينتفع بهما فيما قُصدا له، وذلك إذا وقفا على سبيل التبع لوقف ضيعة، وهو الصحيح عندي، ويجوز بيع كل ما لا يجوز الانتفاع به على الوجه الذي قصد إليه إلا باستهلاك عينه، لهذا لم يختلفوا في جواز بيع ثمرة الأموال الموقوفة.

---

(١) في (أ): فيما تتأتى.

(٢) في (ب): وللشريك الخيار.

باب القول في العارية

مسألة: فيما تصح إعارته

يجوز للرجل أن يعير داره، وفرسه، وجاريته، وثيابه، وغير ذلك مما يملك، مَن شاء، فإن كانت العارية جارية، جاز أن يستخدمها، و لم يجز أن يطأها، والعارية هبة المنافع.

الأصل في جواز العارية: ما روي عن النبي - صلى الله عليه وآله وسلم - أنه قال: «العارية مؤداة»[1]. وما روي: أنه استعار من صفوان بن أمية دروعاً[2]، ولا خلاف فيه بين المسلمين.

فأما الجارية إذا أعيرت، حل للمستعير، استخدامها دون وطئها، وهذا مما[3] لا خلاف فيه.

ويدل على ذلك قول الله تعالى: ﴿والَّذِينَ هُمْ لِفُرُوجِهِمْ حَافِظُونَ إِلاَّ عَلَى أَزْوَاجِهِمْ..﴾ الآية (المؤمنون: ٦) . فأباح - عز وجل - الوطء مع عقد النكاح، أو ملك اليمين، وحظر ما سواه، وقوله: إنها هبة المنافع، فيه ضرب من التوسع والتجوز، والحقيقة أنها إباحة المنافع عندنا على ما نبينه من بعد.

مسألة: في ضمان العارية

قال: وإذا تلفت العارية عند المستعير، لم يضمنها للمعير إلا بأحد شيئين: أن يكون اشترط للمعير الضمان على المستعير، والثاني: أن يكون تلفها بتعدي /٢٧٣/ المستعير.

---

(١) أخرجه ابن حبان ٤٩١/١١، والترمذي ٥٦٥/٣، والبيهقي ٨٨/٦، والدارقطني ٤٠/٣، وأبو داود ٢٩٦/٣، والنسائي ٤١٠/٣ عن أبي أمامة.

(٢) أخرجه الحاكم ٥٤/٢، والبيهقي ٨٨/٦ — ٨٩، والدارقطني ٣٨/٣ — ٣٩، وأبو داود ٢٩٦/٣، والنسائي ٤١٠/٣ عن ابن عباس وصفوان بن أمية.

(٣) في (ب): ما.

[وهو منصوص عليه في (الأحكام) و (المنتخب)[١]].

وبه قال القاسم والناصر، وهو المروي عن جعفر بن محمد، والأظهر أنه وفاق أهل البيت - عليهم السلام -.

فأما ما رواه زيد بن علي، عن أبيه، عن جده، عن علي - عليهم السلام - أنه قال: لا ضمان على مستعير، إلا أن يخالف[٢]. فمعناه عندنا إذا أطلق الاستعارة، و لم يشترط الضمان؛ لأن العارية عندنا في الأصل غير مضمونة.

قال أبو حنيفة وأصحابه: هي غير مضمونة إلا بالتعدي. وقال الشافعي: هي مضمونة على كل وجه.

والأصل عندنا على ما بيناه في العارية أنها غير مضمونة إلا بالتعدي، وذلك أن صاحبها سلمها إلى المستعير ليستوفي[٣] منافعها، فأشبه الشيء المستأجر، أنه لما سلمه صاحبه لإستيفاء منافعه، لم يضمنه.

فإن قاسوه على القرض بعلة أنه أخذه لمنفعة نفسه[٤]، على أن القرض يصير ملكاً للمستقرض، ويستحق العوض عليه، فضمانه لهذا المعنى دون ما سواه، وأيضاً من استعار ثوباً للُّبس ، فبلي، لا خلاف أنه لا يضمن المستعير البلى، فكذلك إذا لم يتعد في الأصل، كما لم يتعد في البلى، بدلالة أنه لو تعدى في البلى، ضمن.

وإنما قلنا: إنها تضمن إذا اشترط الضمان؛ للأثر، وهو ما روي أن رسول الله - صلى الله عليه وآله وسلم - استعار من صفوان، فقال صفوان: أعارية، أم غصباً؟ فقال - صلى الله عليه وآله وسلم -: «بل عارية مضمونة». فاشترط ضمانها، فلولا أن اشترط الضمان يوجب الضمان، لم يشترطه؛ لأنه يكون كالتغرير.

فإن قيل: فقد روي: «العارية مضمونة».

---

(١) انظر الأحكام ٢/٢٠٢ - ٢٠٣، والمنتخب ٣٣٥.
(٢) المسند كتاب الشركة، باب العارية والوديعة.
(٣) في (أ): ليستوفي منها منافعها.
(٤) لعل هنا ساقطاً.

قيل له: هذه اللفظة ليست بتلك المشهورة، وإن ثبتت، حُملت على أنها إشارة إلى دروع صفوان، وأنها معهودة، والألف واللام يدلان على الجنس إذا لم يكونا للعهد.

فإن قيل: يحتمل أن يكون المراد[1] به مضمونة الأداء.

قيل له: هذا خلاف الظاهر، ثم لم يكن لهذا القول فائدة؛ لأن الأداء كان قد علم بقوله – صلى الله عليه وآله وسلم-: «عارية». إذ هو الفصل بينها وبين الغصب، فلم يكن لقوله – صلى الله عليه وآله وسلم-: «مضمونة» معنى ، إلا اشتراط الضمان.

فإن قيل: لو لم تكن العارية مضمونة في الأصل، لم يجب الضمان باشتراطه، كالوديعة.

قيل له: يصح اشتراط الضمان في العارية؛ لأن فيها ما يقابل الضمان، وهو الانتفاع، فصار ذلك عوضاً عن الضمان، كأنه قبل الانتفاع على عوض الحفظ، وليس ذلك في الوديعة، فلم يفد فيها الشرط.

/٢٧٤/ فإن قيل: لو كان ذلك كذلك، صارت الإعارة بمنزلة الإجارة الفاسدة.

قيل له: لا يمتنع أن تأخذ شبهاً من الإجارة، وإن لم تكن إجارة، حتى يجب فيها كل ما يجب في الإجارة، كما أن الإجارة تأخذ شبهاً من البيع، ثم لم[2] يجب فيها كل ما يجب في البيع.

مسألة: في استخدام المعار على غير الشرط

قال: وإن استعار دابة على أن يركبها إلى موضع، فركبها إلى أبعد منه، أو استعارها على أن يحمل عليها شيئاً، فحمل عليها أثقل منه، فتلفت، ضمنها.

[وهو منصوص عليه في (الأحكام) و(المنتخب) [3]].

---

(١) في (ب): المراد مضمونة.

(٢) في (أ): ثم لا.

(٣) انظر الأحكام ٢/٢٠٣، والمنتخب ٣٣٥.

ووجهه: أنه قد تعدى حين ركبها إلى موضع لم يأذن[1] له فيه صاحبها، وحمل عليها ما لم يأذن له في حمله، فصار بمنزلة الغاصب، يضمنها كما يضمن الغاصب، وهذا مما لا خلاف فيه، وهكذا إن استعارها على أن يركبها، فأعارها غيرَه.

مسألة: في إعارة العارية أو السفر بها

قال: وإن استعار ثوباً على أن يلبسه في البلد، فسافر به، ضمن، ووجهه ما مضى.
قال: وكذلك إن أعاره غيره، ضمن.

[وهما مما نص عليه في (الأحكام)[2]].

اختلف قول أبي حنيفة، ولم يصادم[3] قولنا هو وأصحابه في المستعير إذا أعار غيره، لا خلاف بيننا وبينهم أنه إن اشترط الانتفاع بها هو بنفسه، فأعارها، أنه يضمن، وإنما الخلاف إذا استعارها مطلقاً، فأعار غيره، فقال أبو حنيفة: لا يضمن؛ لأن له أن يعير، وعندنا أنه يضمن؛ لأنه ليس للمستعير أن يعير.

ووجه ما ذهبنا إليه: أن منافع العارية مباحة للمستعير، وليست مملوكة له، وهذا مما اختلف فيه أصحاب أبي حنيفة، فذكر الجصاص أن الإعارة تقتضي تمليك المنافع، وذكر أبو الحسن الكرخي أنها تقتضي إباحة المنافع.

والذي يدل على أنها تقتضي الإباحة: أن له الرجوع في العارية، سواء أعارها ذا الرحم، أو على وجه القربة، فبان أن الإعارة[4] تقتضي إباحة المنافع دون هبتها، وأيضاً لو ملك المنافع، كان له أن يؤاجر العارية، كما يكون ذلك للمستأجر؛ لأنه مالك منافعها، فإذا ثبت ذلك، لم يكن للمستعير أن يعير غيره؛ لأن من أبيح له شيء لا يجوز له أن يبيحه غيره، لا خلاف فيه.

---

(١) في (ب): يؤذن.
(٢) انظر الأحكام: ٣٠٢/٢.
(٣) في (ب): يضام.
(٤) في (أ): العارية.

مسألة: في رهن العارية

قال: وإذا استعار الرجل شيئاً فرهنه بإذن صاحبه، أو بغير إذنه، فتلف، ضمن المستعير للمعير قيمته.

[وهو منصوص عليه في (المنتخب)[١]]، وهذا قد مضى شرحه في كتاب الرهن.

والفرق بين من رهنه بإذن المعير وبين من رهنه بغير إذنه: أنه إذا رهنه بإذن المعير، وكانت[٢] القيمة للرهن زائدة على الدين، لم يضمن الزيادة، إلا إذا أخذها من المرتهن، فإذا رهنها[٣] بغير إذن المعير، ضمنها، أخذها أو لم يأخذ؛ لأن الراهن بإذن المعير غير متعد، فلا يضمن إلا ما يأخذه، أو يحصل[٤] له بعوض دينه، والراهن بغير إذنه متعد يضمن على كل /٢٧٥/ حال.

وقولنا في الراهن بإذن المعير: إنه يضمن الزيادة إذا أخذها، معناه أنه يرده على المعير، وإلا فهو أمين فيه بمترلة الوكيل، فذكر الضمان توسع في الكلام.

قال: والمستعير إذا استهلك العارية على أي وجه استهلكها، ضمن، وهذا ما لا خلاف فيه، لأنه متعد بمترلة الغاصب، [وهو منصوص عليه في (المنتخب)[٥]].

مسألة: في الرهن على العارية

قال: وإذا استعار رجل من رجل شيئاً، فأعطاه عليه الرهن، فقبضه المعير، كان ذلك تضميناً، فإن تلفت العارية، ضمنها.

[وهو منصوص عليه في (المنتخب)[٦]]، وقد بينا في كتاب الرهون أن ذلك يجري مجرى اشتراط الضمان، فلا وجه لإعادته.

---

(١) انظر المنتخب: ٢٦٦.

(٢) في (ب): كانت قيمة الرهن.

(٣) في (ب): رهنه.

(٤) في (أ): ويحصل.

(٥) انظر المنتخب: ٣٣٥.

(٦) انظر المنتخب: ٢٧٠.

مسألة: في رد العارية مع رسول

قال: وإذا رد المستعير العارية إلى صاحبها مع مملوكه، أو خادمه، فتلفت العارية ، لم يضمنها المستعير، فإن ردها مع الأجنبي ، فتلفت، ضمنها، وبه قال أبو حنيفة، وأصحابه في غالب ظني.

ووجهه: أن العارية إذا لم يشترط ضمانها، كانت في يد المستعير بمنزلة الوديعة، [ولا] سيما على قولنا: إنه ليس له أن يعير غيره إلا بإذن المعير، فإذا ثبت ذلك، فمتى ردها على يد مملوكه، أو خادمه، أو بعض عياله، فتلفت، لم يضمنها (وإن ردها مع الأجنبي، ضمنها)[1] لأن يد الأجنبي غير يد المستعير، فإذا سلمها إلى غيره ممن يده لا تكون في الحكم كَيَده، لا يكون[2] ضامناً لها، كما يكون في الوديعة.

قال: وإن تلفت بجناية من الحامل لها ضمنها الحامل، وذلك أنه يكون متعدياً، فيضمنها كما يضمن الغاصب، إلا أنه إن كان الحامل من جملة عيال المستعير، كان المعير مطالباً للجاني دون المستعير؛ (إذ المستعير لا جناية له، فلا سبيل له عليه، وإن كان الحامل أجنبياً، فالمعير إن شاء طالب المستعير)[3]، وإن شاء طالب الحامل؛ لأن كل واحد منهما قد تعدى، فإن طالب المستعير، رجع به على الحامل، وإن طالب به الحامل، لم يرجع به على المستعير؛ لأن الحامل هو /٢٧٦/ المتلف.

[والمسألة منصوص عليها في (المنتخب)[4]].

انتهى الجزء الرابع من كتاب شرح التجريد للإمام الأعظم المؤيد بالله – عليه السلام – يليه الجزء الخامس، وأوله أبواب العتق.

تم بحمد الله

(١) سقط ما بين القوسين من (أ) و (ب)، وظنن عليها في الهامش.
(٢) في (أ): يكون.
(٣) ما بين القوسين سقط من (أ).
(٤) انظر المنتخب: ٣٣٥.

فهرس المواضيع